Schmid

Die

Grundlehren der Cession,

nach

römischem Recht dargestellt

von

Dr. Albert Schmid,
Obergerichtsrath zu Wolfenbüttel.

In zwei Theilen.

Zweiter Theil.

Die Klagform.

Braunschweig,
Druck und Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn.
1 8 6 6.

Ankündigung.

Die Grundlehren der Cession bestehen in der Lehre von der Cessionsform — wirkliche und fingirte Cession — und in der Lehre von dem Klagerechte des Cessionars — directe Klage im fremden und abgeleitete Klage im eignen Namen —. Die erste Lehre wird im ersten, die zweite Lehre im zweiten Theile dieses Werks behandelt.

Der erste Theil zerfällt in zwei Abtheilungen von der wirklichen und fingirten Cession. Hinsichtlich der wirklichen Cession wird vorzugsweise erörtert, wiefern dieselbe den Cessionar befähigt, sowohl direct im Namen des Cedenten, als utiliter im eignen Namen zu klagen, wiefern sie einer causa bedarf (vor und nach der lex Anastasiana), und wegen Unmöglichkeit des aufgetragenen agere ungültig, sowie bei Forderungsübertragungen zu Pfand und Nießbrauch unanwendbar ist. Dabei wird genauer die Lehre vom Pfandrealcontract und Pfandpactum, vom Forderungspfandrechte, Afterpfandrechte und den dem Sachpfandgläubiger außer der vindicatio aus dem Rechte des Verpfänders gegebenen utiles actiones erörtert. — Die zweite Abtheilung weist nach, daß die Cessionsdichtung gebraucht wird, um dem Quasicessionar gleich dem wirklichen Cessionar utiles actiones im eignen Namen zu verschaffen, daß sie zu dem Ende bald in die Gegenwart, bald in die Vergangenheit verlegt wird und im letzteren Falle ohne Weiteres als durch den Inbegriff der zur wirklichen Cession verpflichtenden Thatumstände bewirkt gilt. Die Untersuchung, unter welchen Voraussetzungen das Letztere Statt finde, führt dann zur Darstellung aller derartigen auf fingirter Cession beruhenden Rechtsverhältnisse.

Der zweite, das Klagerecht des Cessionars erörternde Theil besteht ebenfalls aus zwei Abtheilungen von der directen Klage in fremdem, und der abgeleiteten Klage in eignem Namen. In der ersten Abtheilung wird als Grundlage der ersten Klagform die processualische Delegation mit Hervorhebung der Unterschiede zwischen dem procurator in rem suam und in rem alienam nachgewiesen, hierauf eingehend von den Voraussetzungen und Wirkungen dieses Rechtsverhältnisses gehandelt und endlich das Nichtvorkommen desselben im heutigen Rechte dargethan. — Die zweite umfassendere Abtheilung führt die dem Cessionar in eignem Namen gebührende utilis actio auf den Grundgedanken prätorischer Singularsuccession zurück, bespricht das Verhältniß zwischen der utilis actio des Cessionars und der directa actio des Cedenten, entwickelt die Folgen vorhandener Unentschiedenheit und Unbekanntheit der utilis actio mit besonderer Rücksicht auf das Erforderniß der Denunciation, liefert sodann durch ausführliche Auseinandersetzung der Voraussetzungen und Wirkungen dieser im heutigen Rechte allein anerkannten Klagform eine vollständige Lehre der durch die Cession zwischen dem Cedenten, Cessionar und Schuldner hervorgerufenen Rechtsbeziehungen und gewinnt auf diesem Wege durch strenge Ausscheidung aller auf das directe agere alieno nomine bezüglichen Rechtsbestimmungen durchgängig folgerichtige, einfache und praktisch brauchbare Ergebnisse.

Die

Grundlehren der Cession,

nach

römischem Recht dargestellt.

Die

Grundlehren der Cession,

nach

römischem Recht dargestellt

von

Dr. Albert Schmid,
Obergerichtsrath zu Wolfenbüttel.

In zwei Theilen.

Zweiter Theil.

Die Klagform.

Braunschweig,
Druck und Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn.
1866.

Vorrede.

Der vorliegende zweite Theil erörtert das Klagerecht des Cessionars, indem er den Unterschied zwischen den beiden dem Cessionar im römischen Rechte zur Auswahl verstellten Klagformen, dem directe agere alieno nomine und dem utiliter agere suo nomine, nicht bloß im Allgemeinen darzulegen, sondern auch in allen wichtigeren Folgesätzen durchzuführen sucht und schließlich den Beweis unternimmt, daß die zweite Klagform allein in das heutige Recht übergegangen sei. Der Verfasser hofft dadurch einigen wegen unzureichender Uebersicht der Voraussetzungen scheinbar unklaren Ausführungen des ersten Theils das etwa vermißte Licht nachträglich gebracht und überhaupt ein den Grundsätzen des gemeinen Rechts und den Anforderungen des Verkehrs im Wesentlichen entsprechendes System geliefert zu haben.

Das sehr gut geschriebene Werk von Botho von Salpius über Novation und Delegation hat nicht mehr benutzt werden können, weil es zu spät in des Verfassers Hände gelangt ist. Es ist das zu bedauern, obgleich die mannigfache Belehrung, welche das anziehende Buch gewährt, den Verfasser nicht ver-

anlaßt hat, seine nachstehend vertheidigten Ansichten in irgend erheblichen Punkten zu ändern.

Wolfenbüttel, im Januar 1866.

D. B.

Inhalt.

Klagform.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 26 Z. 24 v. u. in not. 89 statt: »welcher« lies: »gegen welchen man«.
S. 212 Z. 8 v. u. in not. 25 setze hinzu: »l. 26 §. 4 D. de condict. indeb. (12. 6), l. 46, l. 60 D. de solut. (46. 3), l. 8 C. de sentent. et interloc. (7. 45)«.
S. 212 Z. 1 v. u. in not. 30 statt: »habe« lies: »habe, wenn nicht die Stelle überhaupt bloß von einem Vergleiche (transegit) zu verstehen sein sollte.«
S. 264 Z. 21 statt: »procuratoris« lies: »procuratorio«.
S. 429 Z. 17 v. u. statt: »denjenigen« lies: »diejenigen«.

Zweiter Theil.

Klagform.

Allgemeines. Im ersten Theile dieses Werks sind uns auf §. 1.
Seiten des Cessionars zwei Klagweisen begegnet, das directe agere alieno nomine und das utiliter agere suo nomine. Es fragt sich nun in diesem zweiten Theile, ob und welch ein Unterschied zwischen beiden bestehe?

Die Beantwortung dieser Fragen ist freilich schon dadurch vorbereitet, daß wir im ersten Theile die besondere Formel einer jeden Klagweise ermittelt und der anderen gegenübergestellt haben [1]). Allein jene vorläufige Untersuchung genügt doch keineswegs, um einen klaren Einblick in die inneren Eigenthümlichkeiten zu gewinnen, obwohl dieselben der äußeren Form auf das genaueste entsprechen. Wir haben vielmehr den besonderen Grundgedanken, welcher eine jede der beiden verschiedenen Formelgebilde und der entsprechenden Klagweisen beherrscht, theils im Allgemeinen anschaulich zu machen, theils in den verschiedenen Richtungen seiner Entwickelung zu verfolgen, um wesentlich weiter zu kommen als unsere älteren Juristen, welche einen Unterschied ebenfalls ziemlich allgemein zugeben, über die Art des Unterschieds aber mit der einzigen Ausnahme des Donellus [2]) im Dunkel tappen und in die bunteste Meinungsmannigfaltigkeit auseinanderweichen [3]). Es gilt überdies, Mühlenbruch zu widerlegen, welcher höchstens ver-

---

[1]) S. Th. I, S. 6 ff. — — [2]) Comment. XV, 44 (ed. Bucher IX, p. 451 sqq.). — — [3]) S. Mühlenbruch, Ceff. §. 17. Kuntze, die Obligation und die Singularsuccession des röm. und heutigen Rechts §. 7 ff.

altete äußere Unterschiede zugesteht, dagegen jede Art innerer Ungleichheit auf das Bestimmteste leugnet [4]) und durch seine an Gelehrsamkeit und Scharfsinn gleich ausgezeichneten Erörterungen die gemeine Meinung fast ungetheilt auf seine Seite zu bringen gewußt hat [5]). Zwar haben sich in neuester Zeit einzelne Stimmen gegen diese Lehre erhoben [6]), jedoch trotz mancher schlagender Einwände deren Herrschaft nicht zu überwinden, ja kaum zu erschüttern vermocht [7]). Deßungeachtet hat Mühlenbruch entschieden Unrecht. Gegründete Bedenken gegen seine Ansichten muß schon der Umstand erregen, daß einerseits dem wirklichen procurator in rem suam neben dem directe agere alieno nomine das utiliter agere proprio nomine wahlweise zu Gebote gestellt [8]) und andererseits dem fingirten procurator in rem suam neben seiner Befugniß zum utiliter agere suo nomine das Recht eingeräumt ist, um direct alieno nomine klagen zu können, die Ertheilung des wirklichen Klagauftrags zu fordern [9]). Oder sollte wohl das praktische Bedürfniß, diese allgemeine Quelle der zur Ausgleichung von Mängeln und Lücken des bestehenden Rechts bestimmten utiles actiones [10]), gegen die bekannte Regel, daß von utiles actiones kein Gebrauch gemacht wird, so lange directae actiones ausreichen [11]), sich

---

[4]) Ceff. §. 16 S. 177. 181 ff. — — [5]) Glück, Comment. Bd. 16, S. 389 f. Koch, Uebergang der Forderungsrechte nach Preuß. Recht S. 32 ff. Puchta im Rechtslexic. Bd. 2 S. 636 ff. (derselbe Aufsatz ist abgedruckt in Puchta's kleinen Schriften). v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. Bd. 3, S. 113 ff. Muther, zur Lehre der röm. actio S. 145 ff. — — [6]) Windscheid, die actio des röm. Rechts S. 120 ff. Bähr in Jahrb. f. Dogmat. Bd. 1 S. 351 ff. Brinz, crit. Blätter Nr. 2 S. 34 ff. Brinz, Lehrb. der Pandect. §. 130. Lang, Kritik des Bayerschen Entw. eines bürgerl. Gesetzb. Hft. II, S. 98 ff. Delbrück, Uebernahme fremder Schulden S. 8 ff. Zimmermann in krit. Zeitschr. Bd. 5, S. 484 ff. Francke, Comment. über den Pandectent. de her. pet. S. 397 ff. [7]) S. Muther a. a. O. v. Vangerow a. a. O. S. 115 ff. — — [8]) S. Th. I, S. 5 ff. — — [9]) a. l. 16 pr. D. de pact. (2. 14) vergl. mit l. 2 §. 3. 8 D. de her. vel act. (18. 4), l. 17 D. de transact. (2. 15), l. 4 l. 5 C. de her. vel act. (4. 39). — b. l. 8 l. 9 C. de her. vel act. (4, 39), l. 2 C. de O. et A. (4. 10) vergl. mit l. 6 l. 14 pr. l. 23 pr. D. de her. vel act. (18. 4), l. 3 l. 8 C. eod. (4. 39). — c. l. 18 C. de legat. (6. 37) vergl. mit §. 20 J. de legat. (2. 20), l. 44 §. 6, l. 75 §. 3, l. 76 l. 82 §. 5 l. 105 D. de legat. I (30), l. 13 l. 50 §. 2 l. 88 §. 8 D. de legat. II (31), l. 34 pr. D. de legat. III (32), l. 10 D. de liber. leg. (34. 3) cett. — d. l. 12 D. de div. tempor. exc. (44. 3), l. 1 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6) vergl. mit l. 13 D. de distr. pign. (20. 5). — e. l. 1 §. 13 D. de tut. et rat. (27. 3), l. 2 C. de contrar. jud. tut. (5. 58) vergl. mit l. 2 C. de divis. tut. (5. 52), l. 76 D. de solut. (46. 3). l. 1 C. de contrar. jud. tut. (5. 58) u. s. w. — — [10]) l. 21 D. praescr. verb. (19. 5). Turiner Glosse Nr. 83. Utilis actio est, quae contra tenorem rationis utilitate quorundam introducta est. v. Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter Bd. 3, S. 678. — — [11]) l. 3 f. D. de

veranlaßt gefunden haben, dem durch ein wahres Mandat bestellten procurator in rem suam neben der directa actio alieno nomine die utilis actio suo nomine zu bewilligen, wenn beide Klagen in Voraussetzungen und Wirkungen einander gleich gewesen wären? Und würde wohl umgekehrt dem durch ein erdichtetes Mandat mit utiles actiones suo nomine versehenen Quasicessionar überdies ein Zwangsrecht gegen die Quasicedenten auf Ertheilung des zur Anstellung der directa actio alieno nomine erforderlichen wahren Klagauftrags zugestanden worden sein, wenn er wegen innerer Ununterschiedenheit beider Klagweisen an der Befähigung zum directe agere alieno nomine keinerlei wirkliches Interesse gehabt hätte? Das eine ist so undenkbar als das andere. Jede der beiden Klagformen muß also Eigenthümlichkeiten haben, die ihr unter Umständen vor der anderen den Vorzug geben.

Diese Eigenthümlichkeiten sind in der That vorhanden und bestehen kurz ausgedrückt darin, daß das Wesen des directe agere alieno nomine auf einer Art von Delegation, das Wesen des utiliter agere suo nomine dagegen auf einer Art von Succession beruht.

Die geschichtliche Entwickelung hat nämlich bei den Römern einen ähnlichen Gang genommen wie im englischen Rechte [12]. Auch in England gestattete der alte, durch die Besorgniß der Streitbeförderung eingegebene und daher nur beim König für unanwendbar erklärte Grundsatz der Unübertragbarkeit der Forderungen Anfangs bloß den Ausweg, den Cessionar zu einem Vertreter des Cedenten zu machen, um die Forderung im Namen des Cedenten auf eigene Rechnung einzuklagen. Auch in England führte indeß die Berücksichtigung des Umstandes, daß in einem handeltreibenden Volke Forderungen den größten Theil des beweglichen Vermögens bilden, später zu dem Gebrauche der Billigkeitsgerichtshöfe, die Uebertragung von Forderungen ebenso zu schützen, wie das gemeine Recht die Uebertragung besitztauglicher Gegenstände zu schützen pflegt.

Verwandte Anschauungen haben sich im Laufe der Zeit bei den Römern geltend gemacht. Beweis dafür ist eben die doppelte Klagform, zwischen welcher der Cessionar zu wählen vermag. Dieses näher darzulegen, ist die Aufgabe der kommenden Ausführungen, welche

---

sentent. pass. (48. 23), l. 8 §. 8 D. ad Sct. Vellej. (16. 1), l. 95 §. 2 D. de solut. (46. 3), l. 70 pr. D. ad Sct. Trebell. (36. 1). — — 12) Blackstone Commentar. Vol. II, pag. 441 sq. (edit. 1811).

sich zunächst mit dem directe agere alieno nomine, sodann mit dem utiliter agere proprio nomine beschäftigen werden.

Erste Abtheilung.

Das directe agere alieno nomine.

Erstes Kapitel.

Processualische Delegation als Grundlage für das Rechtsverhältniß des alieno nomine klagenden Procurator, mag er in rem suam oder in rem alienam bestellt sein.

§. 2. Es ist jetzt zweierlei allgemein anerkannt, einmal daß der vertragsähnliche [1]) Act der litiscontestatio eine Novation begründet [2]), sodann daß der direct in fremdem Namen klagende procurator in rem suam die Formel gerade so einrichtet wie der klagende procurator in rem alienam, indem beide die intentio aus der Person des Mandanten entlehnen, die condemnatio aber auf die eigene Person ziehen [3]). Ist nun die intentio, obschon zuweilen erst mit Hülfe der

---

[1]) l. 3 §. 11 D. de pecul. (15. 1), l. 20 D. de judic. (5. 1). Dieselbe Auffassung findet sich noch im Bayersch. Landr. IV, 13 §. 11. — — [2]) fr. Vat. §. 263. — l. 29 D. de novat. (41. 2) [cf. l. 7 D. de separat. (42. 6) in Verbindung mit l. 1 §. 10 D. eod.]. — Daß namentlich auch die nicht ipso jure, sondern bloß ope exceptionis wirksame litiscontestatio unter den Begriff der Novation fällt, geht hervor aus l. 60 D. de fidejuss. (46. 1) und aus l. ult. pr. C. de usur. rei jud. (7. 54) in Verbindung mit §. 5 J. de except. (4. 13). — Vergl. ferner l. 22 D. de admin. tut. (26. 7), l. 2 §. 8 D. de her. vel act. (18. 4), l. 26 §. 2 D. de jurejur. (12. 2). Gaj. III, 180. — Schol. 1 zu Basil. XXV, 1 c. 11 (Heimb. III, p. 57). Schol. 72 zu Basil. XVIII, 2 c. 10 §. 1. — cf. Schol. 71. 74 eod. (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 248). — — [3]) S. Th. I, S. 5 ff. S. 12. — Wenn Wieding (Justinian. Libellproc. S. 130 ff.) leugnet, daß es noch zu Justinians Zeit Sitte gewesen sei, im Anschluß an die in früheren Jahrhunderten vom Magistrat ertheilte Formel den Klaglibell mit Si paret zu beginnen und mit condemna zu schließen, so dürfte das zwar allen in Theophil. und den Basilikenscholien enthaltenen Nachrichten widersprechen (cf. Theophil. II, 23 §. 4. III, 14 §. 1. IV, 6 §. 1—6, 13—15. 33. Basil. ed. Heimb. I, p. 80 ad cap. 172. V, p. 585 Schol. 21. Suppl. ed. Zach. de

demonstratio, der Ausdruck des Anspruchs, welcher dem Kläger aus dem in judicium zu bringenden Thatbestande bei dinglichen Klagen auf das dem Beklagten als Besitzer obliegende und daher von demselben geschuldete[4]) restituere und bei persönlichen Klagen auf das dem Beklagten als Schuldner obliegende dare, facere oder praestare zusteht[5]); die condemnatio dagegen der Ausdruck der durch die Verurtheilung zu begründenden Schuldforderung[6]), auf deren Erwerb die litiscontestatio dem Kläger durch Novation des in judicium gebrachten Thatbestandes Aussicht und Anwartschaft giebt[7]): so zeigt die Formel des direct in fremdem Namen klagenden procurator, und zwar sowohl des procurator in rem suam, als des procurator in rem alienam, daß vor der litiscontestatio der Mandant Herr des in der intentio enthaltenen Anspruchs[8]), nach der litiscontestatio der procurator Herr des durch die processualische Novation gebildeten Forderungsverhältnisses ist. Durch die litiscontestatio des procurator vollzieht sich also eine Delegation[9]), indem bei persönlichen Klagen der civile[10]) Inhalt des obligationsmäßigen Anspruchs auf dare, facere oder praestare und bei dinglichen Klagen der durch die Verletzung des dinglichen Rechts erzeugte obligationsartige Anspruch auf restituere[11]) zugleich in der Person des Mandanten ipso jure oder durch exceptio rei in judicium deductae beziehungsweise rei judica-

---

Lingeth. p. 2 Schol. 7. p. 112 sq. Schol. 6), jedoch für unsern Zweck unerheblich sein. Erheblich ist nur der unseres Erachtens unter anderem aus Theophil. IV, 10 §. 2 klar hervorgehende Satz, daß der Vertreter noch zu Justinian's Zeit im Klaglibell die Begründung des Anspruchs aus der Person des Vertretenen entlehnt, dagegen den beabsichtigten Erfolg des Processes, wie ihn die Klagbitte ausdrückt, auf seine eigene Person gezogen habe. Diesem Satze entspricht aber die von Wieding vorgeschlagene Formel so wenig, daß wider dieselbe Verwahrung eingelegt werden muß. — — [5]) Gaj. IV, 41, woselbst zu lesen ist: intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. — cf. Becker, Consumt. §. 5 S. 37. — Keller, Proc. §. 39 S. 156. — Schol. zu Theophil. IV, 6 §. 13. — — [4]) l. 51 D. de O. et A. (44. 7). — pr. J. de act. (4. 6). — quod sibi debetur. — cf. l. 178 §. 3 D. de V. S. (50. 16). — — [6]) l. 4 §. 3. 7 D. de re jud. (42. 1), l. 6 §. 3 D. eod. l. 3 §. 11, l. 9 §. 8 D. de pecul. (15. 1), l. 3 C. de usur. rei jud. (7. 54), l. 29 D. de O. et A. (44. 7), l. 7 D. de solut. (46. 3). Gaj. III, 180. Gell. noct. Attic. XX, 1. — ex causa jndicati deberi. — — [7]) l. 3 §. 11 D. de pecul. (15. 1), l. 2 §. 8 D. de her. vel act. (18. 4). Becker, proc. Consumt. S. 293 ff. — — [8]) Schol. 2 des Nicäus zu Basil. XI, 1 c. 85 (Heimb. I, p. 661). — — [9]) cf. Keller, Proc. §. 61 Nr. 1. — Liebe, Stipulation §. 15. — — [10]) l. 50 §. 2 D. de pecul. (15. 1), l. 8 §. 3 D. de fidej. (46. 1), l. 60 pr. D. de condict. ind. (12. 6), l. 8 §. 1 D. ratam rem hab. (46. 8). — — [11]) cf. §. 5 J. de except. (4. 13) item si judicio tecum actum erit sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat. Theophil. III. 13 pr.

tae aufgehoben und in der veränderten Form der schließlich zur obligatio ex re judicata führenden obligatio judicii auf die Person des procurator übertragen wird. Diese durch die litiscontestatio hervorgebrachte Delegation gleicht nicht bloß darin, daß sie bei dinglichen wie bei persönlichen Klagen statthaft ist [12]), sondern auch in den meisten übrigen Beziehungen derjenigen Delegation, welche durch Stipulation bewirkt wird [13]), namentlich wenn letztere in der Weise relativ gefaßt ist, daß der Schuldner verspricht: quidquid eum ex emto dare facere oportet cett. [14]); denn wiewohl die Aufstellung eines neuen Gläubigers durch Stipulation nicht ohne Einwilligung des Schuldners, die durch Litiscontestation selbst wider den Willen desselben vollzogen werden kann [15]), so hindert das doch nicht, beide Delegationsarten im Uebrigen unter gleichen Gesichtspunkt zu bringen.

Mit Recht heißt es bei

Ulpianus lib. 27 ad Edictum [16]):

Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litiscontestationem.

Obgleich nämlich die durch stipulatio bewirkte Delegation häufig vorzugsweise delegatio genannt und unter dieser Benennung sogar hin und wieder der durch die litiscontestatio des procurator bewirkten Klagrechtsumschaffung entgegengesetzt wird [17]), so kann es doch keinen Zweifel leiden, daß Ulpian unter der delegatio, welche durch litiscontestatio geschieht, das Verhältniß des — sei es in rem suam, sei es in rem alienam bestellten — procurator versteht, welcher im Auftrage des Klägers oder des Beklagten, also entweder als Delegatar [18]), oder als Delegat [19]), mit dessen Gegner sich gerichtlich

---

[12]) §. 2 J. quib. mod. toll. (3. 30), l. 18 §. 1 D. de acceptil. (46. 4) .. quaecunque adversus te petitio. — cf. l. 2 D. de novat. (46. 2) . . omnes res. — — [13]) cf. l. 3 §. 11 D. de pecul. (15. 1) . . sicut stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi. — — [14]) Liebe, Stipulation §. 21. Römer, bedingte Novation S. 37 ff. Bähr in Jahrb. f. Dogmat. Th. 1, S. 304 not. 9, S. 370 not. 19. cf. l 1 §. 14 D. ut legator. servand. c. (36. 3), l. 8 §. 1, l. 14 §. 1 D. de novat. (46. 2). — — [15]) l. 1 C. de novat. (8. 42). l. 3 C. de her. vel act. (4. 39), l. 83 §. 1 D. de V. O. (45. 1). — — [16]) l. 11 §. 1 D. de novat. et delegat. (46. 2). — — [17]) fr. Vat. §. 260. — l. 1 l. 3 C. de novat. et deleg. (8. 42). — — [18]) Schol. 2 zu Basil. XI, 1 c. 85 (Heimb. I, p. 661). — l. 68 §. 1 D. de evict. (21. 2) Papinian. — Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem (sc. litiscontestatione factam) sequi maluit. — l. 29 D. de liber. leg. (34. 3), l. 18 D. de auctor. tut. (26. 8). — — [19]) l. 74 §. 2 D. de judic. (5. 1), l. 10 §. 1 D. de in rem verso (15. 3). l. 2 §. 5 D. ad SCt. Vell. (16. 1), l. 23 D. de solut. (46. 3). — Lex Rom. Burgund. tit. XV. Fidejussor pro quocunque debitore aut per judicium, aut per dictum aut per chirogra-

einläßt und durch die Einlassung die active oder passive Obligation des Deleganten in die eigene obligatio judicii verwandelt.

Hinsichtlich der vom procurator in rem suam vollzogenen litiscontestatio liefern folgende drei Stellen die entschiedenste Bestätigung:

1. Papinianus lib. 12 Responsorum [20]).

Eam, quae bona sua filiis per epistolam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit, nec per mancipationem praediorum dominium transtulit, nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit.

2. Impp. Valer. et Gallien. A. A. Celso [21]).

Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litiscontestatio subsecuta sit: utilem tamen marito actionem ad similitudinem ejus, qui nomen emerit, dari oportere saepe rescriptum est. — P. P. 14 Cal. Febr. Seculari et Donato Coss. — 261.

3. Paulus lib. 6 ad leg. Iuliam et Papiam [22]).

Si is, qui duos reos promittendi habet, damnaverit heredem, ut utrosque liberet: si alter ex his capere non possit, nec socii sint, delegari debebit is, qui nihil capit, ei, cui hoc commodum Lege competit; cujus petitione utrumque accidit, ut et hoc commodum ad eum perveniat, et is, qui capit, liberetur: Quod si socii sint, propter eum, qui capax est, et ille capit per consequentias liberato illo per acceptilationem: id enim eveniret, etiam si solum capacem liberare jussus esset.

Die erste Stelle gedenkt eines donationis causa bestellten procurator in rem suam, welcher nach vorjustinianeischem Rechte wegen Mangels der utilis actio suo nomine [23]) direct im Namen der Gedentin geklagt haben muß. Wiewohl also Papinian den Namen der Delegation auf die stipulatio beschränkt und das, was Ulpian eine delegatio per litiscontestationem nennt, als eine mit dem Beginne des Rechtsstreites (lis) von der Schenkerin durch den Beschenkten bewirkte Novation bezeichnet: so ist doch augenfällig diese zugleich einen anderen Gläubiger substituirende Art der No-

---

phum delegatus. — Schol. 72 zu Basil. XVIII, 7 c. 10 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 248). — — [20]) fr. Vat. §. 263. — — [21]) l. 2 C. de O. et A. (4. 10). — S. Th. I, S. 204 f. — — [22]) l. 29 D. de liberat. leg. (34. 3). Keller, Litiscont. S. 454 ff. — Unzulänglich erklärt von Baron, Gesammtrechtsverh. S. 322 f. — — [23]) S. Th. I, S. 20 ff.

vation, womit erst die Schenkung der Forderung perfect wurde, nichts anderes als die in ihrem Wesen treffend geschilderte delegatio per litiscontestationem, welche durch die Aufstellung eines procurator in rem suam anhebt und durch dessen litiscontestatio sich vollzieht. Von einer Basilikenscholie wird die litiscontestatio, wodurch der vom Schenker zum procurator in rem suam bestellte Schenknehmer einer Forderung die Schenkung zur Perfection fördert, geradezu *δελεγατίων ἤτοι ἐκπλήρωσις* genannt [24]).

Wird dieses zugestanden, so ist es ebenso gewiß, daß auch die zweite Stelle von einer Novation dieser Art handelt; denn die im Rescripte erwähnte delegatio und litiscontestatio betreffen ohne Frage ein und dasselbe Verhältniß, welches in seiner Entwickelung fortschreitet und insbesondere durch delegatio eingeleitet und durch litiscontestatio vollendet wird [25]); es hätte sonst nicht rücksichtlich der delegatio von einem praecedere, rücksichtlich der litiscontestatio von einem subsequi die Rede sein können. Dieses Verhältniß wird aber von der im Nachsatze erwähnten utilis actio wie die eine Seite eines umfassenderen Instituts von der anderen unterschieden. Da nun das umfassendere Institut nur die Klagabtretung sein kann, so bezeichnet die delegatio hier wie an vielen anderen Orten [26]) den vorausgegangenen Auftrag des Deleganten zu dem die beabsichtigte Rechtsübertragung bewirkenden Acte und die litiscontestatio diesen Act als die vom Delegatar geschehene Ausführung des Auftrags, beides vereint aber im Gegensatze derjenigen immer ohne litiscontestatio und im Fragefalle auch ohne wirklichen Klagauftrag (delegatio) in des Cessionars eigenem Namen zulässigen utilis actio den auf Grund eines wirklichen Klagauftrags durch Rechtshängigmachung der directa

---

[24]) Schol. 2 Abs. 1 zu Basil. XI, 1 c. 85 (Heimb. I, p. 661), cf. das. Abs. 2 und 3. — — [25]) l. 42 D. de pignor. act. (13. 7), l. 51 in f. D. de pecul. (15. 1), Schol. 52 zu Basil. XVIII, 5 c. 51 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 232), l. 29 D. de liberat. leg. (34. 3), l. 1 C. de contrar. jud. tut. (5. 58). Basil. XXXVIII, 18 c. 1 (Heimb. III, p. 784), l. 68 §. 1 D. de evict. (21. 2), cf. l. 18 D. de auct. tut. (26. 8), l. 49 D. solut. matrim. (24. 3), l. 1 C. de O. et A. (4. 10). — Aehnlich scheint Senec. de benefic. VI, 5 §. 2 in den Worten: Nam et pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, quamvis non intervenerint nummi, sed delegatione et verbis perfecta solutio das durch delegatio eingeleitete und durch stipulatio vollendete Verhältniß der delegatio per stipulationem bezeichnet zu haben. — cf. Fitting, Correaloblig. S. 43 not. 47, S. 51 not. 57. — l. 31 §. 1 D. de novat. (46. 2): si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit. — — [26]) S. not. 25 und cf. l. 17 D. de novat. (46. 2), l. 7 C. eod. (8. 42), l. 2 C. de comm. rer. alienat. (4. 52), l. 4 §. 26 D. de doli exc. (44. 4), l. 57 §. 1 D. de condict. ind. (12. 6). v. Meyerfeldt, Schenkung Th. 1, S. 242 not. a. — Liebe, Stipulat. S. 199 not. 2.

actio alieno nomine vermittelten Vermögensübergang, welcher nach gewöhnlichem Sprachgebrauche von Ulpian erst delegatio (per litiscontestationem) genannt wird. Der Sinn des ganzen Rescripts läuft auf den einfachen Satz hinaus: Forderungen, welche zum Brautschatz gegeben sind, können vom Ehemanne gleich gekauften Forderungen utiliter (in eignem Namen) geltend gemacht werden, wenn auch ein mandatum agendi weder ertheilt, noch durch litiscontestatio (in fremdem Namen) ausgeführt worden ist; *κἂν μὴ γέγονεν ἐκχώρησις*, wie der Basilikenscholiast kurz und erschöpfend dollmetscht[27]).

Denselben Sinn der delegatio als des dem procurator in rem suam wider den debitor cessus ertheilten Klagauftrags legt in der dritten Stelle Paulus zum Grunde, indem er die Frage beantwortet, wie der durch ein Legat zur Befreiung zweier nicht im Societätsverbande stehender Correalschuldner verpflichtete Erbe seiner Verbindlichkeit zu genügen habe, wenn nach den Vorschriften der lex Iulia et Papia Popaea der Eine der beiden Schuldner letztwillig nichts erwerben könne (incapax). Da das dem Erwerbsunfähigen bestimmte Legat unter Voraussetzung des Kindersegens zunächst dem verbundenen Collegatar, sodann dem Miterben und endlich dem unverbundenen Collegatar anwächst[28]), so soll der belastete Erbe einfach den erwerbsunfähigen Legatar dem durch Anwachsungsrecht statt dessen eintretenden Collegatar delegiren, d. h. den Letzteren beauftragen, als procurator zu eignem Besten gegen den Ersteren die directa actio im Namen des Erben anzustellen; denn durch solche Klagerhebung des Collegatars (cujus petitione)[29]) wurde nach Vorjustinianeischem Rechte[30]) der doppelte Zweck erreicht, daß der dem erwerbsunfähigen Schuldner zugedachte Vortheil dem erwerbsfähigen Schuldner als Collegatar zu Theil fiel und der erwerbsfähige Schuldner zugleich von seiner Schuld gegen den Erben befreit wurde. Wenn nämlich der erwerbsfähige Collegatar als procurator in rem suam des Erben in dessen Namen das Klagerecht direct gegen den erwerbsunfähigen Legatar als correus debendi rechtshängig macht, so wurde nicht bloß die Schuld des erwerbsunfähigen correus processualisch consumirt, sondern auch die Schuld des erwerbsfähigen correus durch electio des Anderen, sei es ipso jure, sei es ope exceptionis aufgehoben[31]) und der erwerbs-

---

27) Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 6 (Heimb. III, p. 21) . . licet cessio facta non sit. — — 28) Gaj. II, 207. 208, l. 89 D. de legat. III (32), Ulp. fr. I, 21. Gaj. II, 286. cf. l. 21 §. 2 D. de liberat. leg. (34. 3). Juvenal. IX, 87. — — 29) Ueber den scheinbaren Widerspruch der l. 13 pr. D. de legat. II (31) s. unten §. 35. — — 30) l. 28 C. de fidej. (8. 41). — — 31) l. 51 §. 4 D. de evict. (21. 2), l. 2 D. de duob. reis (45. 2), l. 5 fin. D. de fidej. (46. 1), l. 116 D. de V. O. (45. 1), l. 31 §. 1 D. de novat. (46. 2),

unfähige correus überdies an der Stelle der processualisch consumirten Schuld gegen den Erben einer neuen Schuld aus der obligatio judicii gegen seinen früheren correus unterworfen, welcher als procurator des Erben dessen Forderung zu eignem Vortheil in judicium deducirt hatte, was in der That diesem die jenem in Form der Schuldbefreiung zugedachte Gabe in der veränderten Form der processualischen Delegation zuwandte [32]).

Für die direct in fremdem Namen zu erhebende Klage ergiebt sich hieraus, daß zwar nicht die Ertheilung des mandatum agendi, wohl aber die in Folge dessen Statt gehabte litiscontestatio das klagbar gemachte Recht dem Mandanten von Rechtswegen oder mittelst der Einrede der in Rechtsgang gebrachten und abgeurtheilten Sache benimmt und im veränderten Gewande der die obligatio judicatum facere oportere vorbereitenden obligatio condemnari oportere auf den Procurator überträgt, mag der procurator in rem suam oder in rem alienam bestellt worden sein. Dasselbe ergiebt sich aus den ohne diese Voraussetzung völlig unerklärlichen Erscheinungen, daß mit der litis contestatio die Sache des Procurators eigne [33]), ja — wie die Römer sich ohne Scheu ausdrücken — des Procurators Eigenthum (dominium) [34]) werden soll, daß statt des Mandanten fortan der Procurator bezeichnet wird als in judicio befindlich [35]) oder als dominus litis [36]), welcher nunmehr den Proceſſ im eignen Namen

---

cf. l. 8 §. 1 D. de legat. I (30), worin die Worte: et solutum interpolirt sind. Fritz in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 19, S. 96 ff. S. 106 not. 265. l. 14 D. rat. rem hab (46. 8). — — 32) Diese Bestimmung zeigt, daß Paulus schrieb, bevor die Constitution des Kaisers Antonius Caracalla die caducorum vindicatio den Collegataren zu Gunsten des Fiscus entzogen hatte. Ulp. fr. XVI. Vergl. l. 89 D. de legat. III (30) und Burchardi in Jahrb. f. gem. deutsch. Recht Bd. 5 S. 20 ff. — — 33) l. 11 pr. D. de doli exc. (44. 4) . . . litiscontestatione res procuratoris fit. — l. 25 pr. D. de procur. (3. 3) . . propria lis. — l. 20 §. 1 D. de appell. (49. 1) . . suam causam agit. — l. 1 §. 11 D. quando appell. (49. 4). — — 34) l. 7 C. Th. de cognit. et procur. (2. 12) . . neve supervacua dominio causae laboris occasio protendatur, sed statim ad eum migrent omnes, qui dominus causae fuerat, actiones. — Den Ausdruck dominium causae für verfälscht zu halten, dazu ist kein ausreichender Grund vorhanden, so lange Ausdrücke wie: dominus causae, res procuratoris fit, propria lis, sua causa cett. für echt gelten. — Vergl. auch l. 3 §. 2 fin. D. de alien. jud. m. v. (4. 7). S. Th. II, §. 18. — — 35) l. 1 C. de sent. et interloc. (7. 45) . . (mandantis) persona in judicio non fuit. — l. 4 §. 5 D. de appell. (49. 1) . . procurator judicio interfuit. — — 36) l. 4 §. 5 D. de appell. (49. 1), l. 22 l. 23 C. de procur. (2. 13). Schol. des Gobydas und des Anonymus zu Basil. VIII, 2 c. 1 (Heimb. I, p. 359. 360), cf. c. 1 §. 1 in VIto de procur. (1. 19).

führt[37]), daher nunmehr Vertreter zu bestellen befugt ist[38]) und weder vom Tode noch vom einfachen Widerrufe des Mandanten[39]), ja für seine Erben nach classischem Rechte nicht einmal als procurator in rem alienam, geschweige also überhaupt als procurator in rem suam vom eignen Tode[40]) eine Beeinträchtigung seines Rechts zu besorgen hat, daß endlich das Urtheil bei Vermeidung der Nichtigkeit auf den Namen des procurator gestellt werden muß[41]) und demselben direct die actio judicati verschafft, wenn diese Klage auch nur dem procurator in rem suam ungeschwächt verbleibt, vom procurator in rem alienam dagegen sofort durch fingirte Cession als utilis actio suo nomine auf den Vertretenen übergeht[42]).

Dasselbe bestätigen endlich die analogen Grundsätze zweier der litis contestatio und res judicata nahe verwandter Institute, nämlich des in jure geschworenen oder vom Gegner verweigerten Eides und des in jure entgegengenommenen Geständnisses.

Was

a. den Eid betrifft, so heißt es bei

Paulus lib. 18 ad Edictum[43]):

Iurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventione, quamvis habeat et instar judicii.

Es soll derjenige Eid, welcher vor dem Prätor condemnatorisch,

---

[37]) l. 11 pr. D. de exc. doli (44. 4) . . eamque suo jam quodammodo nomine exequitur. Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 46 pr. (Heimb. I, p. 388). — Interpr. Visigoth. ad l. 1 C. Th. de cognitor. (2. 13) . . liceat ei rem . . sibimet ipsi defensare. — S. Th. II, §. 12. — Ascon. in Cic. de divin. II (4) . . cognitor praesentis causam novit et sic tuetur ut suam. — — [38]) l. 8 §. 3 D. mand. (17. 1), l. 4 §. 5 D. de appell. (49, 1), l. 11. l. 23 C. de procur. (2. 13) = l. 1 C. Th. eod. (2. 12), Interpr. Visig. ad h. l. — l. 33 C. J. de donat. (8. 54). S. §. 11. Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 27. — — [39]) l. 17 pr. §. 1 D. de procur. (3. 3), l. 1 C. Th. de cognitor. (2. 12) = l. 23 C. J. de procur. (2. 13), l. 1 C. J. de O. et A. (4. 10). S. §. 5. — — [40]) l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12), l. 7 fin. C. Th. eod. — l. 33 C. J. de donat. (8. 54). — S. §. 5. — — Symmach. ep. X, 39. — — [41]) l. 1 C. de sent. et interloc. (7. 45) (cf. fr. Vat. §. 332). — l. 61 D. de proc. (3. 3). — l. 9 C. si cert. pet. (4. 2), woselbst nach dem ausdrücklichen Zeugniß der Basiliken XXIII, 1 c. 53 (Heimb. II, p. 649) von einem procurator in rem suam die Rede ist, und vom Kaiser rescribirt wird: aditus competens Judex si — procuratorem te factum animadverterit, totum debitum — restitui tibi jubebit. — l. 31 §. 2 D. solut. matrim. (24. 3). . . Si procurator litem contestatus sit . . . re secundum eum judicata. — — [42]) S. Th. I, S. 433 ff. — — [43]) l. 26 §. 2 D. de jurejur. (12. 2), cf. l. 1, l. 2 D. eod. — Fein im Arch. f. civ. Pr. Bd. 26, S. 363 ff.

z. B. vom Gläubiger auf dari oportere geschworen, oder absolutorisch, z. B. vom Schuldner auf dari non oportere verweigert wird [44]), in locum litis contestatae succedere [45]) und unter Umständen pro judicio cedere [46]), instar judicii habere [47]), vicem rei judicatae obtinere [48]), so daß aus demselben ohne Rücksicht auf das unterliegende Rechtsverhältniß [49]) wie wenn contrahirt wäre [50]), nicht bloß eine exceptio [51]), sondern auch eine actio in factum ad exemplum rei judicatae gegeben wird [52]). Diese Klage gebührt dann direct nur demjenigen, welcher in Person beziehungsweise den Eid geleistet oder die Eidesverweigerung entgegengenommen hat, quia jus jurandum proficiscitur ex conventione [53]). War es also z. B. ein Procurator, welcher für den Gläubiger den Eid, daß der Beklagte dem Gläubiger 10 zu zahlen habe, geleistet oder die Verweigerung des Eides, daß der Beklagte dem Gläubiger 10 nicht zu zahlen habe, entgegengenommen hatte, so mußte der Procurator direct die in factum actio ad exempl. rei judicatae erwerben [54]) und der Eid gleich der litiscontestatio und res judicata delegirende Kraft entfalten, indem die in jusjurandum deducirte Klage durch Novation in der Person des Mandanten aufgehoben und unter der veränderten Form der in factum actio auf den Procurator übertragen wurde.

b. Das in jure geleistete Geständniß, bei dem der confessus pro judicato galt [55]) und auf die frühere Obligation nicht zurückgreifen durfte [56]), hatte ebenfalls novirende Kraft und, weil es auf einen Quasicontract gestützt wurde [57]) und nur demjenigen Rechte verlieh, welcher es in Person entgegengenommen hatte [58]), sogar delegirende

---

[44]) l. 34 §. 6 D. de jurejur. (12. 2), l. 28 §. 2 D. de judic. (5. 1). — — [45]) l. 28 §. 2 D. de judic. (5. 1). — — [46]) l. 35 §. 1 D. de jurejur. (12. 2), l. 8 C. de reb. cred. (4. 1). — Ueber den anscheinenden Widerspruch mit l. 30 §. 2 D. de jurejur. (12. 2) s. Unterholzner, Schuldverh. Th. I, S. 303 not. a. — S. 656. — — [47]) S. not. 43. — — [48]) l. 1 pr. D. quar. rer. actio (44. 5). — — [49]) l. 5 §. 2, l. 9 pr. §. 1 D. de jurejur. (12. 2), l. 28 §. 10, l. 29, l. 30 pr. D. eod. §. 11 J. de act. (4. 6), l. 56 D. de re judic. (42. 1). — — [50]) l. 5 §. 2 D. de pecul. (15. 1) . . quasi contractum sit. cf. l. 2, l. 26 §. 2, l. 35 §. 1 D. de jurejur. (12. 2), l. 21 D. de dolo malo (4. 3). — — [51]) l. 7 — l. 9 pr. §. 1. 4. 5. 6, l. 11 pr. D. de jurejur. (12. 2). — — [52]) S. not. 46. — Theophil. IV, 6 §. 11. — §. 11 J. de act. (4. 6), l. 9 §. 1, l. 30 pr. D. eod. — — [53]) S. not. 43. — — [54]) l. 39 §. 1 D. de procur. (3. 3). — — [55]) l. 1 D. de confess. (42. 2), l. 3, l. 6 pr. §. 2 D. eod., l. 56 D. de re judic. (42. 1), l. un. C. eod. (7. 59), l. 4 C. de repud. her. (6. 31), Pauli sent. rec. V, 2 A. §. 2. — — [56]) l. 56 D. de re judic. (42. 1) . . nihil quaeritur. — — [57]) l. 11 §. 9 D. de interrog. in jure (11. 1) in Verbindung mit l. 9 pr. D. eod. und l. 6 §. 5 D. de confess. (42. 2), l. 26 §. 5 D. de noxal. act. (9. 4). — Vergl. Jhering, Geist des röm. Rechts Th. II, Abth. 2 S. 35. — — [58]) l. 6 §. 3 D. de confess. (42. 2).

Wirkung, sobald es anstatt des Mandanten dem Procurator desselben abgelegt war; weshalb auch aus solchem Geständniß die Klage direct dem Procurator zufiel[59].

Danach wird denn wohl nicht länger bezweifelt werden dürfen, daß der Procurator vor dem Prätor (in jure) sowohl durch litiscontestatio, als durch Eid und Entgegennahme eines Geständnisses eine Delegation vollzieht, und daß diese Delegation für das Rechtsverhältniß des alieno nomine klagenden procurator, und zwar in gleicher Weise für das Rechtsverhältniß des procurator in rem suam wie für das des procurator in rem alienam die Grundlage bildet.

Zweites Kapitel.

Abweichungen in dem Rechtsverhältnisse des procurator in rem alienam von der beim procurator in rem suam festgehaltenen Regel.

Ungeachtet der gemeinschaftlichen Grundlage unterscheidet sich das Rechtsverhältniß des procurator in rem alienam vom Rechtsverhältnisse des procurator in rem suam dadurch, daß dieser die ihm aus der res judicata, wie aus dem in jure entgegengenommenen Geständnisse und aus dem Eide direct erwachsenen Klagen unverkürzt behält[1], jener dagegen nicht bloß verpflichtet ist, die Klagen seinem Mandanten zu cediren, sondern dieselben auch gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als utiles actiones suo nomine an seinen Mandanten verliert[2]. §. 3.

Einzig und allein dieser auf fingirter Cession beruhende Uebergang der actio rei judicatae vom procurator in rem alienam auf den Mandanten ist der Kern, aus dem sich folgerecht alle übrigen Verschiedenheiten zwischen dem agere alieno nomine des procurator in rem suam und dem agere alieno nomine des procurator in rem alienam entwickelt haben. Alle diese Verschiedenheiten stellen sich daher

---

[59]) l. 6 §. 3 D. de confess. (42. 2).

[1]) l. 28, l. 30 D. de procur. (3. 3), l. 6 §. 3 D. quod cujusque univ. nom. (3. 4), cf. l. 7 C. Th. de cognitor. (2. 12). — Interpretat. zu Basil. VIII, 2 c. 30 (Heimb. I, p. 366). fr. Vat. §. 317. — — [2]) S. Th. I, S. 433 ff.

als Abweichungen dar, durch welche sich das Rechtsverhältniß des procurator in rem alienam von der beim procurator in rem suam festgehaltenen Regel entfernt: so daß die Consequenzen der processualischen Delegation nur beim procurator in rem suam rein zur Erscheinung kommen, beim procurator in rem alienam dagegen folgende durch die erwähnte Rücksicht bedingte Abänderungen erleiden:

I. Gleich der actio judicati des procurator in rem alienam gehen auch die Klagen aus den von demselben geschlossenen Proceßstipulationen, z. B. stipulatio judicatum solvi, de judicio sisti, durch fingirte Cession als utiles actiones suo nomine auf den Mandanten über, während dieselben dem procurator in rem suam nicht bloß formell, sondern auch materiell verbleiben [3]).

II. Die Appellationsfrist beträgt nach vorjustinianeischem Rechte für den procurator in rem alienam drei [4]), für den procurator in rem suam nur zwei Tage [5]); denn die Frage, ob die Frist überhaupt zwei oder drei Tage währt, bestimmt sich danach, ob eine propria oder aliena causa verfolgt wird [6]), und der Begriff der propria und aliena causa bildet sich nicht vom formellen, juristischen, sondern vom materiellen, wirthschaftlichen Standpunkte. Ulpian sagt ausdrücklich [7]):

eam esse propriam causam, cujus emolumentum vel damnum ad eum suo nomine perspicit,

d. h. die ist Jemands eigne Sache, deren Vortheil oder Nachtheil ihn auf eigne Rechnung (suo nomine), nicht auf Rechnung eines Anderen

---

[3]) l. 27 §. 1, l. 28 D. de procur. (3. 3), Ulp. lib. 9 ad Edict. . . . Sed et si procurator satis accepit et transferatur judicium in dominum: verius est committi (sc. judicatum solvi stipulationem a reo factam), et ex stipulatu actionem a procuratore in dominum transferri . . . . Et licet procuratori commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda. — Ulp. lib. 1 Disputat. Si procurator meus judicatum solvi satis acceperit: mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti judicati actio mihi indulgetur. — Basil. VIII, 2 c. 28 (Heimb. I, p. 365). S. Mühlenbruch, Ceff. S. 56 ff. — — [4]) l. 1 §. 11. 12 D. quando appell. (49. 4). Nov. 23 pr. — — [5]) l. 1 §. 12 D. quando appell. (49. 4), l. 20 §. 1 D. de appell. (49. 1). Ulp. lib. 1 de Appellationibus . . . Quare procurator, nisi in suam rem datus est, tertium diem habebit; in suam autem rem datus, magis est, ut alteram diem observet. — Modestin. lib. singul. de Praescriptionibus. Is vero, qui in rem suam procurator datus est, intra biduum appellare debet, quia suam causam agit. — — [6]) l. 1 §. 11, l. 2 D. quando appell. (49. 4), l. 11 D. de doli except. (44. 4), cf. l. 1 §. 13 D. quando appell. (49. 4), s. Heise u. Cropp, Abhandl. Th. I, S. 235 not. 29. — — [7]) l. 1 §. 11 D. quando appell. (49. 4).

betrifft. Das paßt auf den procurator in rem suam [8]), aber nicht auf den procurator in rem alienam, der die von ihm betriebene Sache nur formell nach juristischer Auffassung, nicht auch materiell in wirthschaftlicher Hinsicht sein eigen nennen kann [9]), da die formell auf seinen eigenen Namen lautende actio rei judicatae materiell ihm und gegen ihn versagt wird.

Justinian hat bekanntlich jene Verschiedenheit der Einlegungsfrist aufgehoben und unter allen Umständen eine gleiche Frist von zehn Tagen bestimmt [10]).

III. Das Edict, wonach diejenige Partei, welche durch ihren Antrag veranlaßte, daß die Obrigkeit einen willkührlichen neuen Rechtssatz geltend machte, in ihren künftigen Rechtssachen denselben Rechtssatz zu ihrem Nachtheil sich muß gefallen lassen [11]), soll gegen den procurator in rem suam, nicht aber gegen den procurator in rem alienam zur Anwendung kommen, weil die unbillige Rechtsneuerung von jenem zu eignem Besten, von diesem zum Besten des dominus gefordert ist, mit anderen Worten, weil materiell jener eine eigne, dieser eine fremde Sache betrieben hat [12]).

IV. Dem procurator in rem alienam kann schon vor dem Endurtheile die durch die litiscontestatio begründete lis, eben weil sie materiell eine aliena und der procurator ein rei extraneus ist [13]), durch die Dazwischenkunft des Mandanten beeinflußt [14]), auch auf Antrag des Mandanten aus zureichenden Gründen durch prätorisches Decret ganz entzogen und kraft fingirter Cession als utile judicium suo nomine auf den Mandanten oder einen anderen Procurator übertragen [15]), ja nach dem Urtheile zum Zweck der Appellation

---

8) l. 9 C. de procur. (2. 13). — — 9) cf. Windscheid, Abwehr gegen Muther S. 57 ff. — Aaron's Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio Abth. 1, S. 158 ff. — cf. Cic. pro Murena c. 38. — Caes. de bello Gallico I, 18. — — 10) Nov. 23 c. 1. — — 11) l. 1 §. 1 D. quod quisque jur. (2. 2). — — 12) l. 3 §. 1 D. eod. (2. 2). Ulp. lib. 3 ad Edict. Si procurator meus postulavit: quaeritur, quis eodem jure utatur. et putat Pomponius, me solum: utique si hoc ei specialiter mandavi vel ratum habui. Si tamen tutor vel curator furiosi postulaverit vel adolescentis: ipse hoc Edicto coercetur. Item adversus procuratorem id observandum est, si in rem suam fuerit datus. — cf. Basil. VII, 3 c. 25 §. 1 (Heimb. I, p. 265). — — 13) l. 11 pr. D. de doli exc. (44. 4). — — 14) l. 69 D. de procur. (3. 3), cf. c. 2 fin. in VI[to] de procur. (1. 19). Ueber den Begriff des causae adesse s. l. 29 pr. D. de inoff. test. (5. 2), l. 1 C. de per. et com. (4. 48). Rubr. C. ut causae post pubert. tutor adsit (5. 48). Wetzel, Proc. S. 29 zu not. 8. Maxen in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 21, S. 408. 436. 452 ff. u. accessor. Intervention S. 43 ff. 90 ff. 15) l. 17 — l. 27 D. de procur. (3. 3), l. 45 §. 1 D. mand. (17. 1), l. 22

ohne Weiteres vom Mandanten utiliter suo nomine aufgenommen und fortgesetzt werden[16]), während dem procurator in rem suam mit seltenen, durch die lex Cincia veranlaßten und im Justinianeischen Rechte ganz hinweggefallenen Ausnahmen[17]) gegen jeden Widerruf des Mandats der auf der litiscontestatio beruhende Rechtsstreit, eben weil er auch materiell propria lis ist[18]), gesichert bleibt. Bezeugt doch Ulpian im 9. Buche zum Edict von diesem Falle ausdrücklich: Plane si dicat, in rem suam se procuratorem datum et hoc probaverit: non debet carere propria lite[19]).

Daraus folgt für den in judicio statthaften Gebrauch des Eides einerseits, daß der procurator in rem alienam eben, quia aliena lis est, isque rei extraneus[20]), weder zur Zuschiebung ein Recht[21]), noch die Verpflichtung habe, auf den zurückgeschobenen oder vom Gegner frei zugeschobenen Eid sich für seine Person einzulassen[22]), der Gegner vielmehr lediglich vom Principal des Procurators die Zuschiebung gewärtigen und dem Principal den zugeschobenen Eid zurückschieben oder den frei gewählten Eid zuschieben dürfe[23]); andererseits, daß der procurator in rem suam, weil er als suae rei moderator atque arbiter[24]) non debet carere propria lite[25]), ausschließlich zur Zuschiebung berechtigt[26]) und sowohl berechtigt als verpflichtet sei, nur seiner Person den zugeschobenen Eid zurückschieben oder den vom Gegner frei gewählten Eid zuschieben zu lassen[27]).

Die von neueren Rechtslehrern vertheidigte, auch hie und da in der Praxis befolgte Ansicht[28]), daß dem Cessus obliege oder gebühre, den Eid anstatt des Cessionars dem Cedenten zuzuschieben und zurückzuschieben, wird durch die Analogie der l. 1 §. 2 D. quar. rer. actio

---

C. de procur. (2. 13). — Daher heißt es in l. 11 D. de doli exc. (44. 4) . . suo quodammodo nomine exequitur. — cf. c. 2 in VIto de procur. (1. 19). — [16]) l. 2 D. an per alium (49. 9), l. 4 §. 2 D. de appell. (49. 1), l. 9 C. de appell. (7. 62), l. 3 fin. C. quorum appell. (7. 65). — — [17]) S. Th. I, S. 21. — — [18]) l. 9 C. de procur. (2. 13). — — [19]) l. 25 D. de procur. (3. 3). — — [20]) Quintil. J. orat. V, 6 §. 4, cf. l. 32 C. de fideic. (6. 42). Zimmermann, Glaubenseid S. 5 ff. l. 11 D. de exc. doli (44. 4). — — [21]) l. 17 §. 3, l. 18, l. 19 D. de jurejur. (12. 2). — — [22]) l. 34 §. 3 D. de jurejur. (12. 2). — — [23]) l. 12 §. 4 C. de reb. cred. (4. 1), Schol. 1 zu Basil. XXII, 5 c. 49 (Heimb. II, p. 573), Nov. 124 c. 1. — cf. c. 1 in VIto de judic. (2. 1). — — [24]) l. 21 C. mand. (4. 35). — — [25]) l. 25 D. de procur. (3. 3). — — [26]) l. 17 §. 3 D. de jurejur. (12. 2). S. §. 31. — — [27]) Zeitschr. f. Braunschw. Rechtspfl. 1862 Nr. 5. Schletter, Jahrb. Bd. 9, S. 119 Nr. 25. 26. Entw. a. d. C. P. O. §. 406. — — [28]) Strippelmann, Lehre vom Eide Bd. 2, S. 210. Glück, Comment. Bd. 12, S. 278. Bd. 16, S. 422. Beschränkt bei v. Bülow, Abhandl. Bd. 2 Hft. 2 S. 315 ff. Arnold, Eidesleistung durch Stellvertr. §. 69.

(44. 5), welche nur von dem durch freies Uebereinkommen beider Parteien auf die Person des auctor verstellten Eide redet, nicht unterstützt, wohl aber schlagend durch innere Widersprüche und unüberwindliche Hindernisse folgerechter Durchführung als theoretisch und practisch unhaltbar widerlegt [29]). Nur wenn die Cession geschah, nachdem der Cedent bereits schwurpflichtig geworden war, wird anders entschieden werden dürfen [30]).

Dieselben Gründe widerlegen auch die Meinung, daß der Richter einen Notheid dem Cedenten und nicht lediglich dem Cessionar, umgekehrt aber dem Proceßprocurator und nicht lediglich dem Principal auflegen könne [31]).

V. Der procurator in rem alienam vererbte zwar nach altem Rechte gleich dem procurator in rem suam den rechtshängig gemachten Rechtstreit auf seine Nachfolger [32]), die Kaiser Theodosius und Valentinianus verordneten aber in einer Constitution des Jahres 424, daß das alte Recht nur hinsichtlich des in rem suam ernannten cognitor und procurator fortbestehen, hinsichtlich desjenigen cognitor oder procurator dagegen, welcher bloß zum minister litis, d. h. bloß zur Proceßführung für den Mandanten bestellt worden sei, abgeändert werden solle. Der Letztere, welcher die erstrittene actio judicati sofort dem Mandanten würde zu überlassen gehabt haben, habe auch bei seinem zwischen der litiscontestatio und dem Urtheil erfolgten Tode das Recht zur Fortsetzung des Processes nicht weiter als zur Wiedererlangung von Auslagen und sonst in Veranlassung des Processes gehabten Kosten seinen Erben zu übertragen, im Uebrigen aber dasselbe sofort an den Mandanten zurückfallen zu lassen [33]).

VI. Nicht der procurator in rem alienam, sondern nur der procurator in rem suam kann nach der litiscontestatio die dem Beklagten obliegende Leistung gültig in Empfang nehmen, mag bei

---

29) S. Renaud in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 18 S. 161 ff. Brauer im Arch. f. civ. Pr. Bd. 23 S. 343 ff. Mittermaier ebendas. S. 369. Viereck, Eidesdelation an jur. Personen S. 39 ff. Endemann, Beweislehre S. 564 ff. Langenbeck, Beweisführung Bd. 3 S. 756 ff. Buchka und Budde, Entscheid. des Mecklenburg. O. A. Ger. Bd. 4 S. 47 f. Seuffert, Arch. XVI, Nr. 165. — — 30) Seuffert, Arch. XI, Nr. 102. — Ueber Preuß. Landr. Th. I, Tit. 11 §. 384 f. Koch a. a. O. S. 116. — Ueberdies s. v. Bülow, Abhandl. Bd. 2 Hft. 2 S. 318 ff. — — 31) S. Brauer a. a. O. S. 361 not. 26. — A. M. Seuffert, Arch. XI, Nr. 310. — — 32) l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12) . . et ad heredes suos inchoata transmittere veteris juris voluerunt conditores. — cf. Interpret. Visigoth. ad h. l. — — 33) l. 7 C. Th. de cognit. (2. 12), cf. Interpret. Visigoth. ad h. l. — Daher die Aenderung der l. 1 C. Th. eod. in der l. 23 C. J. de procur. (2. 13).

persönlichen Klagen von einer eigentlichen solutio, oder bei dinglichen Klagen von einer der solutio wenigstens ähnlichen und daher auch nach Umständen compensabeln [34]) restitutio die Rede sein.

Der procurator in rem suam hat durch das mit dem Verzicht auf die mandati actio verbundene mandatum agendi die Befugniß erhalten, das Klagerecht des Cedenten durch litiscontestatio und res judicata in die direct ihm selbst zufallende obligatio condemnari und judicatum facere oportere umzuschaffen und die mit der actio judicati einzutreibenden Gelder in Empfang zu nehmen und zu behalten. Es versteht sich also von selbst, daß die Judicatsumme an Niemand als an den Cessionar gültig gezahlt werden kann. Der Beklagte hat aber auch das Recht, zwar nicht mehr nach dem Urtheil, wohl aber nach der litiscontestatio, soweit dieses ohne Benachtheiligung des Gegners geschehen kann [35]), die ursprünglich geschuldeten Gegenstände zu entrichten und vermöge der dadurch rücksichtlich der obligatio condemnari oportere begründeten satisfactio nach dem Grundsatze: omnia judicia absolutoria esse [36]), seine Lossprechung herbeizuführen. Da ihm dieses Recht auch dem procurator in rem suam gegenüber nicht benommen sein kann, so muß der Wille des Cedenten, dem procurator in rem suam durch Gestattung der Proceßführung die Früchte des Rechtsstreits zuzuwenden, nothwendig auf Ueberlassung der vom Beklagten nach der litiscontestatio zur Vermeidung der condemnatio etwa entrichteten satisfactio sich erstrecken, der procurator in rem suam also nach der litiscontestatio berechtigt sein, nicht bloß die aus der condemnatio geschuldeten Gelder als solutio, sondern auch die zur Vermeidung der condemnatio entrichteten Gegenstände der ursprünglichen Schuld als satisfactio in Empfang zu nehmen und der causa der Cession gemäß sich zu Nutze zu machen; beides jedoch in der juristisch sehr verschiedenen Weise, daß bei der Empfangnahme vom procurator in rem suam dort lediglich im eigenen Namen, hier dagegen zunächst im Namen des Cedenten — dem der Beklagte selbst noch nach der litiscontestatio des procurator in rem suam aus der gar nicht in judicium gezogenen und daher dem ursprünglichen Inhaber verbliebenen naturalis obligatio zur Zahlung verhaftet ist [37])

---

[34]) l. 14 C. de compens. (4. 31) §. 30 J. de act. (4. 6), l. 1 §. 4 D. si pars hered. petat. (5. 4). — — [35]) l. 24 §. 4 D. locati (19. 2). — — [36]) Gaj. IV, 114. — §. 2 J. de perpet. et temporal. (4. 12) in Verbindung mit §. 31 fin. J. de act. (4. 6). — cf. l. 33 §. 1 D. de solut. (46. 3), l. 5 pr. D. de public. (39. 4), l. 71 §. 1, l. 84 §. 5 D. de legat. I (30), l. 4 D. judic. solvi (46. 7), l. 15 D. de doli mali exc. (44. 4), l. 1 C. de re judic. (7. 52). — — [37]) S. Th. II, S. 5 not. 10.

— und darauf erst, um den für den Cedenten gemachten Erwerb von Besitz beziehungsweise Eigenthum durch traditio brevi manu auf die eigne Person zu ziehen, im eignen Namen gehandelt wird.

Diesen Grundsätzen gemäß ist in der Formel der arbitraria judicia die Anweisung des judex zum arbitratus de restituendo, exhibendo, solvendo ebenso beim procurator in rem suam, wie beim procurator in rem alienam auf die Person des dominus gestellt [38]), und dem Beklagten als Folge etwaigen Ungehorsams der Nachtheil gedrohet, zur Bezahlung desjenigen Schadens, welcher dem dominus durch die Nichtbefolgung des arbitratus erwachsen würde, dem procurator in rem suam verurtheilt zu werden [39]). Denselben Grundsätzen gemäß erscheint der Cedent als unmittelbarer Besitz- und Eigenthumsnachfolger des Cessus, der Cessionar erst als Besitz- und Eigenthumsnachfolger des Cedenten, so daß z. B. wegen Eviction des Empfangenen der Cessionar an den Cedenten und erst der Cedent an den Cessus sich halten muß [40]); auch Derjenige, welcher als Verkäufer dem Cedenten das Kaufgeld creditirt und dafür ein Pfandrecht an der vor der Zahlung zu überliefernden Waare sich bedungen hat, durch die für den Cedenten dem procurator in rem suam geschehene Uebergabe das bedungene Pfandrecht nichtsbestoweniger erwirbt [41]) u. s. w.

Trotz dem darf aber die Leistung nach der litiscontestatio des procurator in rem suam nicht mehr unmittelbar an den Cedenten abgeführt werden, wenn sie zugleich in Betreff der für den procurator in rem suam begründeten obligatio condemnari oportere als satisfactio wirken soll; denn da die satisfactio nicht nach der Strenge des Rechts, sondern bloß nach den Grundsätzen der bona fides und der exceptio doli die obligatio condemnari oportere entkräftet [42]), so muß die nach der litiscontestatio abgeführte Leistung, um als satisfactio wirksam zu sein, dem dessenungeachtet den Proceß fortsetzenden procurator in rem suam, nicht aber dem Beklagten selbst den Vorwurf des dolus zuziehen, wovon das Gegentheil der Fall sein würde, wenn der Beklagte die Leistung trotz des Bewußtseins, daß dieselbe schließlich dem procurator in rem suam bestimmt sei, dennoch mit Gefährdung des procurator nicht diesem Namens des Cedenten, sondern dem Cedenten in Person abgeführt hätte [43]). Mit Recht setzt

---

[38]) S. Th. I, S. 13. — — [39]) S. Th. II, §. 13. — — [40]) l. 61, l. 62 pr. D. de evict. (21. 2) in Verbindung mit l. 59 D. eod. — — [41]) cf. l. 39 §. 3 D. de legat. I (30). — — [42]) Theophil. IV, 12 §. 2. — l. 23 §. 3 D. de condict. ind. (12. 6), l. 84 §. 5 D. de legat. I (30), l. 15 D. de dol. mali exc. (44. 4), l. 1 C. de re judic. (7. 52). — cf. §. 31 J. de act. (4. 6). — — [43]) cf. l. 16 D. de duob. reis (45. 2), l. 31 §. 1 D. depos. (16. 3) . .

daher ein Rescript des Kaisers Gordian unzweifelhaft voraus, daß mit der litiscontestatio die ausschließliche Befugniß zur Zahlungseinhebung auf den procurator in rem suam übergegangen sei, und der Cessus, falls er die aus der ursprünglichen Obligation geschuldeten Gegenstände mit Uebergehung des procurator in rem suam dem Cedenten einhändige, Gefahr laufe, nichtsdestoweniger dem procurator in rem suam verurtheilt zu werden[44]).

Ganz anders steht es mit dem procurator in rem alienam, dem die erstrittene actio rei judicatae so wenig als die sonstigen Früchte des Processes zu Gute kommen sollen, aus dessen Proceßbevollmächtigung daher auch für die Zeit nach der litiscontestatio kein Auftrag weder zur Erhebung der Judicatsumme noch zur Annahme der etwa als satisfactio nachträglich zur Zahlung kommenden Gegenstände der ursprünglichen Obligation abgeleitet werden kann. Um in dem vom Procurator rechtshängig gemachten Processe die Absolution herbeizuführen, muß vielmehr die in der ursprünglich geschuldeten Leistung bestehende satisfactio dem dominus selbst, nicht dem Procurator Namens des dominus abgeführt werden, sofern nicht der Procurator zur Empfangnahme besonders bevollmächtigt sein sollte. Es heißt in dieser Beziehung unter anderem[45]) bei

Paulus lib. 8 ad Edictum[46]):

Hoc jure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur: nam et absurdum est, cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam solvi posse. si tamen ad hoc datus sit, ut ei solvi possit, solvendo ei liberabitur.

Paulus setzt den Grund dafür, daß dem Prozeßprocurator auch vor dem Urtheile nicht gezahlt werden dürfe, wenn er nicht besonders dazu ermächtigt worden sei[47]), ausdrücklich in den Mangel einer vor Gericht zulässigen actio rei judicatae, bestätigt also unsere Ausführung über den procurator in rem alienam auf das entschiedenste, liefert aber auch zugleich ein untrügliches argumentum a contrario zur Bestätigung unserer Ausführungen über den procurator in rem suam, indem diesem, eben weil ihm die actio rei judicatae nicht

---

probo, hanc esse justitiam quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae justiore repetitione. — — [44]) l. 3 C. de novat. et deleg. (8. 42) . . . quamvis creditori tuo . . mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur . . exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. — S. Th. II, §. 21. — — [45]) l. 13 pr. D. de pact. (2. 14), l. 28, l. 73 D. de procur. (3. 3), cf. l. 25 §. 8 D. de aedil. edicto (21. 1). — — [46]) l. 86 D. de solut. (46. 3). — — [47]) Daraus erklärt sich l. 46 §. 4 D. de procur. (3. 3).

versagt ist, auch in der Zeit zwischen litiscontestatio und Urtheil gültig muß gezahlt werden können.

VII. Aus demselben Grunde ist der procurator in rem alienam, nicht aber der procurator in rem suam außer Stande, die in judicium deducirte Forderung durch Novation, Nachlaßvertrag oder Vergleich aufzuheben[48]), oder gegen eigne Schulden zur Compensation zu bringen.

Was insbesondere die Compensation betrifft, so heißt es vom procurator in rem suam bei

Papinianus lib. 3 Responsorum[49]):
In rem suam procurator datus post litiscontestationem si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur.

Papinian spricht zwar so allgemein, daß seine Worte allenfalls sowohl von dem utiliter suo nomine als von dem direct alieno nomine klagenden procurator in rem suam verstanden werden können, hat aber doch ohne Zweifel ursprünglich zunächst den Fall eines direct alieno nomine klagenden procurator in rem suam im Auge gehabt, weil für die Heraushebung des Umstandes, daß der Cessus nach der litiscontestatio mit der Widerklage hervorgetreten sei, sonst kein Grund zu entdecken sein würde[50]). Demnach handelt es sich etwa um folgenden Sachverhalt:

Publius Mävius hatte als procurator in rem suam aus dem Rechte des Cedenten Aulus Agerius gegen Numerius Negidius geklagt, z. B.

Si paret, Nm Nm Ao Ao ex stipulatu decem milia dare oportere, Nm Nm Po Mo, si is ea actione donatus et de ea exercenda ab Ao Ao procurator factus est, decem milia condemnato, s. n. p. a. [51]).

---

[48]) l. 4 C. de novat. (8. 42), l. 13 pr. D. de pact. (2. 14), l. 7, l. 10 C. de transact. (2. 4). — cf. c. 4 fin. in VI. de procur. (1. 19). — Ueber l. 60 D. de procur. (3. 3) vergl. l. 54 §. 5, l. 56 §. 4 D. de furt. (47. 2), l. 46 §. ult. D. de admin. tut. (26. 7). — Die transactio decidendi causa bezeichnet die ipso jure wirkende Aufhebung der Klagen auf damnum decidere oportere; die transactio deminuendi causa dagegen jede andere ope exceptionis wirkende Aufhebung anderer Klagen. — cf. Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 59 (Heimb. I, p. 394). — Gaj. IV, 37. 45. — l. 61 §. 1. 2. 5 D. de furt. (47. 2), l. 7 pr. D. de condict. furt. (13. 1), l. 9 §. 2 D. de minor. (4. 4), l. 13 C. de furt. (6. 2). — Irrige Auslegungen finden sich bei Risch, Lehre vom Vergleich S. 54 Anm. 4. — — [49]) l. 18 pr. D. de compens. (16. 2). — Cujac. obs. XXIV, 37. — auch in libr. III Respons. Papin. (opp. IV, p. 937 sqq.). — Glück, Comm. Bd. 15, S. 95. — Krug, Compensat. S. 166 ff. Dernburg, Compens. S. 385 ff. — — [50]) S. Th. II, §. 16 a. E. §. 38 a. E. — — [51]) Gaj. IV, 55. 58, l. 18 D. de O. et A. (44. 7). Vergl. Voigt über con-

Nach der Einlassung auf diese Klage klagt der Schuldner Numerius Negidius seiner Seits gegen den Cessionar Publius Mävius:

Si paret, Pm. Mm No No ex testamento decem milia dare oportere, Pm Mm No No decem milia condemnato s. n. p. a.

Zur Anstellung dieser Klage war Numerius Negidius genöthigt, weil er seine Testamentsforderung gegen Publius Mävius im Wege der Compensation gegen die von Publius Mävius im Namen des Aulus Agerius erhobene Stipulationsklage nicht geltend zu machen vermochte [52]). Sonst würde er ohne Zweifel das bequemere Befriedigungsmittel der Compensation vorgezogen haben, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere [53]). Allein da kein Grund vorlag, warum Aulus Agerius in der Stipulationsforderung nicht wirklich der Darstellung der Formel gemäß als Gläubiger gelten sollte, bis die Forderung durch litiscontestatio auf Publius Mävius übergegangen war, so mußte die auf Grund der Testamentsforderung vermittelst der exceptio doli in jure anzuregende Compensation unstatthaft erscheinen, so lange die erforderliche Gegenseitigkeit vermißt wurde. Es blieb also nichts übrig, als entweder die dem Cessionar im eigenen Namen gebührende judicati actio zu erwarten und dagegen mit der Testamentsforderung zum zutreffenden Theile zu compensiren [54]), oder sofort die ganze Testamentsforderung unabhängig von der Vertheidigung gegen die im Namen des Cedenten erhobene Stipulationsklage in Form einer selbständigen actio wider den Cessionar geltend zu machen [55]).

Der Cessus Numerius Negidius wählte den letzteren Ausweg und verursachte nun umgekehrt die Frage, ob nicht wenigstens der Cessionar Publius Mävius gegen die Testamentsklage des Numerius Negidius auf die im Namen des Aulus Agerius klagbar gemachte Stipulationsforderung zum Zweck der Compensation sich berufen könne [56]). Diese Frage bejahet Papinian; denn ne diligentior quisque deterioris

---

dictiones ob causam S. 287 not. 216. Ueber Quintil. J. orat. IV, 2, 6 f. Schlesinger, Formalcontracte S. 22 not. 13. — — [52]) l. 23 D. de compens. (16. 2), Paul. lib. 9 Respons. — Id quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem objici ejus pecuniae, quam ipse tutor suo nomine adversario debet. — — [53]) l. 3 D. de compens. (16. 2), cf. l. 15 pr. D. de fidej. (46. 1), l. 59 fin. D. de furt. (47. 2), l. 204 D. de reg. jur. (50. 17). — — [54]) l. 2 C. de compens. (4. 31), l. 23 §. 1 D. de condict. ind. (12. 6), l. 16 §. 1 D. de compens. (16. 2). — — [55]) l. 1 §. ult. D. quae sent. sine appell. (49. 8), l. 1 C. rer. amot. (5. 21), l. 6 C. de compens. (4. 31). — [56]) l. 9 C. de compens. (4. 31), l. 18 §. 1 D. eod. (16. 2).

conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur, soll auch die Forderung aus der in einem anderen Processe durch litiscontestatio begründeten obligatio condemnari oportere, welche selbst bürgschaftlich sicher gestellt werden kann [57]), als Keim der actio judicati zur Compensation tauglich sein [58]), weil sie auch in dieser Form nicht minder zur res judicata vorschreitet [59]). Wird doch selbst dem procurator in rem suam, welcher für den Beklagten eintritt, gestattet, gegen die für ihn durch die litiscontestatio in der obligatio condemnari oportere erwachsende Schuld eigne, sogar klaglose, Forderungen aufzurechnen [60]). Wie also derselbe Publius Mävius, nachdem die Stipulationsforderung durch die delegirende Kraft der litiscontestatio als obligatio condemnari oportere auf ihn übertragen worden, in Betreff dieser Obligation suo nomine creditor, in Betreff der Testamentsobligation suo nomine debitor ist: so finden nunmehr die Worte Anwendung: Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare [61]). Die litiscontestatio ist sonach der Zeitpunkt, ex quo ab utraque parte debetur, und von wo ab die gegenseitige Schuld als compensabel und eventuell als compensirt erscheint [62]). Das alles wird vollends deutlich durch Veranschaulichung der Art und Weise, wie die betreffende Compensation regelmäßig in der Formel vorgeschrieben sein mußte [63]).

Ist es nämlich richtig, daß mit Ausnahme der officio judicis zu berücksichtigenden Gegenforderungen ex eadem causa in bonae fidei judiciis [64]) und in den insoweit ebenfalls den bonae fidei ju-

---

57) l. 8 §. 3 D. de fidej. (46. 1). — — 58) l. 8 D. de compens. (16. 2), cf. l. 86, l. 87 D. de reg. jur. (50. 17), l. 29 D. de novat. (46. 2), l. 22 D. de tut. et ration. (27. 3). — — 59) l. 7 §. 1 D. de compens. (16. 2), l. 8 §. 2 D. de neg. gest. (5. 3), l. 1 §. 4 D. de contrar. tut. act. (27. 4), cf. l. 15 D. rat. rem hab. (40. 8) . . si quis compensatione deductioneve usus sit, petisse eum videri. — — 60) l. 8 §. 1 D. rat. rem. hab. (46. 8), l. 31 pr. D. de her pet. (5. 3). S. Th. I, S. 471 f. — Daß die erstere Stelle von der durch doli exceptio zu erwirkenden Compensation rede, leugnet Ubbelohde a. a. O. S. 215 ff. vergeblich, weil die gegen den vom dominus vertheidigten procurator aus der cautio de rato angestellte actio ex stipulatu als Interesse außer der dem Procurator gezahlten Summe auch die Kosten des mit dem dominus geführten Processes begreift (l. 22 §. 5 D. rat. rem hab. 46. 8), mithin durch exc. doli unmöglich in ihrem ganzen Umfange, sondern — sofern der Kläger zur Abrechnung bereit ist — nur im Betrage der dem Procurator geleisteten Zahlung zurückgewiesen werden kann (l. 22 §. 5 D. rat. rem hab. 46. 8). — — 61) l. 2 D. de compens. (16. 2). — — 62) l. 4 C. eod. (4. 31). — — 63) Gaj. IV, 63. l. 13 D. de compens. (16. 2), cf. l. 10 §. 3 D. eod. — — 64) Cic. de offic. III, c. 17, 70. Gaj. IV, 61. 63. §. 30. 39 J. de act.

diciis zugezählten[65]) Erbschaftsprocessen[66]), eine Abrechnung von Gegenforderungen — compensatio weitern Sinns[67]) — durch Bedrohung mit der exceptio doli (praesentis)[68]) und der dadurch eventuell herbeizuführenden Abweisung der ganzen Klage[69]) ursprünglich nur erzwungen werden konnte:

a. gegen den argentarius[70]), welcher bei geschäftlichen Gegenforderungen stets cum compensatione zu klagen, d. h. auf Grund seiner in Contocurrent-Form geführten Bücher[71]) den bestimmten Mehrbetrag seines geschäftlichen Guthabens (Saldo) einzufordern und demgemäß die intentio dahin zu fassen hatte:

Si paret, Titium sibi X milia dare oportere amplius[72]), quam ipse Titio debet[73]),

— compensatio engeren Sinns —

b. gegen den bonorum emtor[74]), welcher bei Gegenforderungen des Masseschuldners cum deductione klagen, d. h. seine Vorfor-

---

(4. 6), l. 10 §. 9 D. mand. (17. 1), l. 18 §. 4 D. commod. (13. 6), l. 52 §. 2 D. fam. herc. (10. 2), l. 3 C. com. div. (3. 27), cf. Cato de re rust. c. 44. 45. Ueber l. 9 pr. D. de compens. (16. 2) s. Karlowa de natura atque indole *συναλλάγματος* p. 23 sq. — — [65]) §. 28 J. de act. (4. 6), l. 12 §. 3 C. de her. pet. (3. 31), cf. l. 36, l. 38, l. 53 D. de her. pet. (5. 3), l. 7 C. eod. (3. 31), l. 14 D. de servo corrupto (11. 3). Francke, Comment. zum Pandectentitel de her. pet. S. 15. 312. 430. — — [66]) l. 1 §. 4 D. si pars her. (5. 4), l. 31 §. 1—3, l. 38, l. 58 D. de her. pet. (5. 3), vielleicht auch l. 4, l. 5 C. de her. pet. (3. 31). Schol. 3 zu Basil. XLII, 1 c. 38, Schol. 1 fin. zu Basil. XLII, 2 c. 1 §. 1. Schol. 1. 3 zu Basil. XLII, 1 c. 58. Schol. 1 zu Basil. XLII, 1 c. 62 (Heimb. IV, p. 228. 245. 237. 239). Ueber die ipso jure eintretende Minderung der dos durch impensae necessariae, des Peculium durch dasjenige, was der Sklav oder Haussohn dem Gewalthaber schuldet, der Vermächtnisse durch die lex Falcidia, s. Ubbelohde über den Satz: ipso jure compensari S. 52—67. — [67]) l. 24 §. 2 D. solut. matr. (24. 3) . . deducto commodo temporis condemnatio residui . . . habita ratione compensationis eum condemnet . . . pati deductionem. — — [68]) l. 173 §. 3 D. de reg. jur. (50. 17), l. 8 pr. D. de doli exc. (44. 4), l. 44 §. 1 D. sol. matr. (24. 3). Arndt's Pand. §. 264 not. 3. — — [69]) l. 2 §. 7 D. de doli exc. (44. 4) . . nisi decem deduxerit, exceptione summovendus est. l. 48 D. de reiv. (6. 1) . . exceptione doli posita per officium judicis aequitatis ratione servantur . . . etenim admissa compensatione superfluum sumtum . . . dominus restituere cogitur. So dürfte auch zu verstehen sein l. 20 pr. D. de statu liber. (40. 7) . . an per exceptionem doli eam summam deducere possit. A. M. Dernburg, Compens. S. 223 ff. — — [70]) Gaj. IV, 60. 66 . . . nam is cogitur, cum compensatione agere . . compensatio argentario interponitur. Keller, Pandecten S. 520 f. — — [71]) l. 4 pr. §. 1, l. 6 §. 3, l. 9 §. 2, l. 10 §. 1 D. de edendo (2. 13). — — [72]) l. 82 D. de V. S. (50. 16). — — [73]) Gaj. IV, 64. 68. v. Scheurl, Beiträge S. 272 will: dare oportere amplius, quam ipsum dare oportet. — — [74]) Gaj. IV, 65. 66 . . . debet cum deductione agere . . . deductio objicitur bonorum emtori.

derung in der condemnatio auf dasjenige beschränken mußte, quod superest deducto eo, quod invicem adversario defraudatoris nomine debetur[75]), — deductio engeren Sinns — ; so wird die Sache aller Zweifel ungeachtet[76]) doch wohl in der wesentlich schon von Brinz[77]) und v. Scheuerl[78]) dargestellten Weise sich weiter entwickelt haben, daß nach und nach die in jure vorzubringende[79]) exceptio doli praesentis[80]) — wie sie beim Retentionsrechte jeden Kläger zur Zahlung zwang[81]) — so hier jeden Kläger nöthigte, auf die vom Beklagten begehrte „aequitas compensationis" (weiteren Sinns)[82]) ex dispari causa bei Vermeidung gänzlicher Klagabweisung (summoveri[83]), causa cadere)[84]) sich einzulassen,

---

[75]) Gaj. IV, 65—68. — — [76]) S. Dernburg, Compensat. S. 201 ff. Ubbelohde a. a. O. S. 87 ff. 121 ff. 147 ff. v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. Th. 3, S. 375 ff. Sintenis in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 18, S. 1 ff. — — [77]) Lehre von der Compensation. — — [78]) Beiträge Nr. VII, S. 161 ff. — — [79]) Wieding, Justinian. Libellproc. S. 210 ff. In l. 8 C. de compens. (4. 31) sind die Worte: apud eum, qui super ea re judicaturus est entweder interpolirt statt: apud eum, qui super ea re jus dicturus est oder doch von der Thätigkeit des rechtsprechenden Magistrats zu verstehen (Ubbelohde a. a. O. S. 166 not. 19). In den Basil. XXIV, 10 c. 32 (Heimb. III, p. 49) sind die Worte: petere coeperit übersetzt mit: βούλεται κινῆσαι und in der Schol. wird bemerkt, wie es nöthig gewesen sei, auch beim Legat die Compensation besonders vorzuwenden. — — [80]) l. 2 §. 7, l. 4 §. 8, l. 6 fin., l. 12 D. de doli exc. (44. 4), l. 8 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 25 D. de solut. (46. 3), l. 78 pr. D. de her. inst. (28. 5), l. 19 §. 1 D. de don. int. V. et U. (24. 1), l. 43 pr. D. de pignor. act. (13. 7), s. Th. I, S. 86 f., l. 20 pr. D. de statu lib. (40. 7), l. 2 D. de compens. (16. 2) . . compensatio necessaria est. — Auch bei dinglichen Klagen: l. 27 §. 5, l. 48, l. 65 pr. D. de reiv. (6. 1), l. 31 pr., l. 38, l. 39 §. 1, l. 50 §. 1, l. 58 D. de her. pet. (5. 3), Basil. XV, 1 c. 27 §. 5 mit Schol. 94 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 20 sq.). S. Th. I, S. 472 f. — Vergl. l. 46, l. 47 D. ad leg. Aquil. (9. 2) in Verbindung mit Schol. 1 zu Basil. LX, 3 c. 46 (Heimb. V, p. 316), l. 14 §. 2. 3 D. de condict. furt. (13. 1). — — [81]) l. 8 D. de vino tritico (33. 6), l. 7 §. 12 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 11, l. 27 §. 1, l. 28 D. de noxal. act. (9. 4), l. 4 §. 9, l. 5 §. 1 D. de exc. doli (44. 4), §. 30. 32—34 J. de rer. div. (2. 1), l. 16 C. de reiv. (3. 32), l. un. C. etiam ob chir. (8. 27). — — [82]) l. 18 pr. D. de compens. (16. 2), l. 36 D. de adm. et per. (26. 7), l. 5, l. 6 C. de compens. (4. 31), l. 15 fin. D. de his, quae ut indign. (34. 9). — — [83]) l. 2 D. de compens. (16. 2) . . petentem summovet, si paratus est compensare. l. 2 §. 7 D. de exc. doli (44. 4), l. 58 D. de her. pet. (5. 3), cf. l. 78 pr. D. de her. inst. (28. 5), l. 15 D. de his, quae ut indign. (34. 9), l. 58 §. 3 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 22 pr., l. 94 D. ad leg. Falcid. (35. 2), l. 24 C. fam. herc. (3. 36). Cujac. opp. IV, p. 1048 sqq. Ueber l. 48 D. de reiv. (6. 1) s. Brinz, Compens. S. 72 f., cf. Gaj. IV, 122 und die Stellen in not. 80. — — [84]) Paul. sent. rec. II, 5 §. 3, l. 4 D. de compens. (16. 2) Paul. . . cum totum peto a reo, male peto in Verbindung mit l. 4 §. 2 D. de pact. (2. 14) Paul. . . ante

dafern nicht die Unbilligkeit des Abrechnungsverlangens wegen Unwirksamkeit [85]), Ungleichartigkeit [86]), Illiquidität [87]), mangelnder Gegenseitigkeit [88]), verhältnißmäßiger Geringfügigkeit, Bedingtheit, Betagtheit [89]), zeitweiliger Unbestimmtheit [90]) der Gegenforderung, wegen Abrechnungsverzichts, oder weil dieselbe Gegenforderung zur Zeit der Compensation schon einer anderen Forderung in deren Klagformel entgegengestellt war [91]), u. s. w. eine Verwerfung der exceptio doli gleich in jure zur Folge hatte [92]) oder demnächst in judicio erwarten ließ [93]).

Schlechthin verwerflich erschien die exceptio doli Anfangs in stricti juris judiciis, wenn eine actio de certa pecunia angestellt war [94]), weil der Kläger, um der exceptio zu entgehen, genöthigt

---

nuptias male petitur, von der Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 2 (Heimb. I, p. 555) so erklärt: *μάλε πέτιτ, τουτέστιν ἐκβάλλεται παραγραφῇ* — male petit, i. e. exceptione summovetur. cf. 1 §. 4 D. quando dies usus fr. (7. 3), Gaj. IV, 123. — — 85) l. 14 D. de compens. (16. 2), l. 26 D. de probat. et praesumt. (22. 3). v. Meyerfeldt, Schenkung Th. I, S. 211 f. — — 86) Gaj. IV, 66. 67 . . si ejusdem naturae qualitatisque sit. Paul. sent. rec. II, 5 §. 3, l. 5 pr. D. de imp. in res dot. (25. 1), l. 6 C. de reiv. (3. 32). — — 87) l. 3 D. de tut. act. (27. 3), Schol. 1. 2 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 3 (Heimb. III, p. 715), cf. l. 46 §. 4 D. de jure fisci (49. 14). Schol. 1 zu Basil. XXIV, 10 c. 28 (Heimb. III, p. 48). — — 88) l. 18 §. 1, l. 23 D. de compens. (16. 2), l. 16 D. eod. in Verbindung mit l. 17 §. 1 D. de testam. mil. (29. 1). — — 89) l. 13 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 7 pr., l. 22 D. de compens. (16. 2). — Bei dem bonorum emtor, welcher nur im Wege der deductio volle Befriedigung erlangen konnte, wurde billig von Liquidität, Gleichartigkeit, Unbedingtheit, Unbetagtheit abgesehen (Gaj. IV, 66. 67), so jedoch, daß bei bedingten und betagten Gegenforderungen nur der den Nennwerth nicht erreichende Kaufwerth berechnet sein wird, welchen die Gegenforderung auch ohne den eingetretenen Concurs zur Zeit gehabt haben würde. Gaj. IV, 66 . . . deducto, quanti id erit. in Verbindung mit l. 22 §. 4, l. 45 §. 1, l. 73 §. 1, l. 82 D. ad leg. Falcid. (35. 2), l. 24 §. 2 D. sol. matrim. (24. 3). — — 90) l. 22 D. de compens. (16. 2). — — 91) l. 13 D. de compens. (16. 2). — — 92) l. 8 D. de compens. (16. 2) . . compensatio denegatur. l. 16 §. 1 D. eod. . . admittetur. l. 5 D. eod. . . si velit utrumque compensare, audiendus est. l. 16 §. 1 D. eod. . . non audietur. l. 19 D. eod. . . dabitur compensatio. Paul. sent. rec. II, 5 §. 3, l. 22, l. 24 D. de compens. (16. 2), l. 26 D. de probat. (22. 3). Divus Commodus, cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem. Thalel. in Schol. 1 zu Basil. XXIV, 10 c. 28 (Heimb. III, p. 48). — — 93) l. 7 §. 1 D. de compens. (16. 2) . . si rationem compensationis judex non habuerit. l. 8 §. 2 D. de neg. gest. (3. 5), l. 1 §. 4 D. de contrar. jud. tut. (27. 4), l. 18 §. 4 D. commod. (13. 6), l. 2 §. 7 D. de exc. doli (44. 4). — — 94) Cic. pro Rosc. com. c. 4. Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. Ad judicium hoc animo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus, ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulamus, consequamur. Senec. de benefic. VI, 4. 5.

sein konnte, die mit einer solchen Klage verbundenen processualischen Vortheile, namentlich die sponsio tertiae partis [95]), aufzugeben. Erst ein Rescript Mark Aurels erklärte die exceptio doli auch in solchen Streitfällen für zulässig [96]).

Die hiernach vom Belieben des Beklagten abhängende [97]) Abrechnung geschah früher außergerichtlich [98]), später aber auch gerichtlich, indem zunächst bei bon. fid. judiciis, sodann auch bei strengen Klagen [99]), und zwar seit dem erwähnten Rescripte Mark Aurels selbst, falls eine actio de certa pecunia angestellt war, ein Verfahren Eingang fand, wodurch dem Kläger der in jure zur Anregung des Wettschlagens eingewandten exceptio doli [100]) gegenüber gestattet wurde, wenn er die Gegenforderung nicht leugnen und nicht unter dem Wagniß, durch den dessenungeachtet geführten Beweis der Gegenforderung seines ganzen Klaganspruchs verlustig zu werden, eine mit der exceptio doli versehene Formel annehmen wollte, entweder bei Vorforderungen gewisser Beträge die Gegenforderung an sich und zu dem behaupteten Betrage in jure zuzugestehen und nach Art des argentarius eine von der erledigten exceptio doli freie Formel mit einer auf den bestimmten Ueberschuß der Vorforderung über den bestimmten Betrag der Gegenforderung gerichteten intentio einerseits mit der Gefahr der Ueberforderung (plus petitio) [101]), andererseits wenigstens bei Geldforderungen mit allen Vortheilen der actio de certa pecunia, namentlich mit der sponsio tertiae partis zu gebrauchen (agere cum

---

[95]) Gaj. IV, 13. 171. Cic. pro Q. Rosc. c. 4. 5. Lex Rubr. c. 21. 22. Lex Jul. municipal. c. II, 35--50. Wieding, Justinian. Libellproc. S. 651 ff. — — [96]) §. 30 J. de act. (4. 6), Theophil. h. l. cf. l. 4 §. 8 D. de exc. doli (44. 4). — Andere Ansichten bei Dernburg, Compens. S. 186 ff. Ubbelohde a. a. O. S. 195 ff. — — [97]) l. 1 §. 4 D. de contrar. tut. (27. 4) . . Sic erit arbitrii ejus, utrum compensare, an petere velit sumtus. l. 2, l. 5, l. 10 §. 1, l. 16 D. de compens. (16. 2), l. 26 D. de probat. (22. 3), l. 20 §. 2 D. de statu lib. (40. 7). — — [98]) l. 2 D. de compens. (16. 2), l. 4 D. qui potior. (20. 4), l. 51 §. 1 D. de pact. (2. 14), l. 21 §. 1 D. de don. int. V. et U. (24. 1), l. 13 C. de compens. (4. 31), cf. l. 11 §. 1 C. de rescind. vend. (4. 44), l. 2 C. de act. E. V. (4. 49), Cato de re rust. c. 44. 45. — — [99]) l. 7 §. 2, l. 32 §. 9 D. de don. int. V. et U. (24. 1). l. 4, l. 5, l. 10 §. 3, l. 15 D. de compens. (16. 2), l. 8 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 46, l. 47 D. ad leg. Aquil. (9. 4), l. 14 §. 2. 3 D. de condict. furt. (13. 1). — — [100]) Auf die exc. doli sind zu beziehen die Ausdrücke: compensatio objicitur, opponitur l. 10 §. 2. 3, l. 13, l. 23 D. de compens. (16. 2), l. 7, l. 8, l. 10 C. eod. (5. 31), l. 46 §. 4 D. de jure fisci (49. 14) . . compensationem implorare l. 2 C. de comp. (4. 31) compensationis aequitatem postulare l. 6 C. eod. cf. Basil. XXIV, 10 c. 32 mit Schol. 1 (Heimb. III, p. 49), Schol. 3 zu Basil. XXXIX, 1 c. 17 §. 1. 2 (Heimb. IV, p. 23). — — [101]) Gaj. IV, 68.

compensatione e. S.), oder — was nach der Natur der Dinge ungleich häufiger vorgekommen sein wird — bei Vorforderungen gewisser wie ungewisser Beträge nur die Möglichkeit der Gegenforderung, nicht aber die Wirklichkeit derselben weder überhaupt, noch insbesondere zu dem behaupteten Betrage einzuräumen und zur gerichtlichen Feststellung der streitigen Punkte zwar ohne die Gefahr der Ueberforderung [102]), aber auch ohne die Vortheile der actio de certa pecunia nach Art des bonorum emtor eine ebenfalls von der exceptio doli freie Formel mit unveränderter intentio, jedoch mit einer auf den unbestimmten Ueberschuß der Vorforderung über den unbestimmten Betrag der Gegenforderung beschränkten condemnatio sich gefallen zu lassen (agere cum deductione e. S.) [103]). Denn wenn Paulus in seinem Commentar zum Plautius des Falles gedenkt [104]):

Si quis adversus petentem compensatione deductione ve usus sit.

und in seinen sententiis receptis weiter anführt [105]):

Compensatio debiti ex pari specie et dispari causa ad-

---

[102]) Gaj. IV, 68, cf. IV, 57. — — [103]) Senec. de benef. IV, 5 . . alterum (nomen) alteri contribuere — pronunciare utrum plus debeatur mihi, an debeam . . non diduco. l. 38 D. de reiv. (6. 1) . . eo deducto tu condemnandus es. l. 2 §. 7 D. de exc. doli (44. 4), l. 31 §. 1. 2. 3, l. 38 D. de her. pet. (5. 3), l. 5 C. eod. (3. 31), l. 24 C. fam. herc. (4. 36). In dinglichen Klagen war die Aufrechnung überhaupt nur in Form der deductio möglich (Gaj. IV, 66). — Theophil. (IV, 6 §. 30) erwähnt bei einer Forderung auf 10 und einer Gegenforderung auf 5 aurei erst der exceptio doli und schreibt dann von dem Richter des damaligen Extraordinarprocesses: *καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιθείσης παραγραφῆς χώρα δίδοται τῷ δικαστῇ, δέξασθαι τὴν κομπενσατίωνα, καὶ εἰς πέντε μόνα καταδικάσαι νομίσματα*, d. h. wenn die exceptio doli vorgewandt wird, so erhält dadurch der Richter Gelegenheit, die compensatio weiteren Sinnes (sei es in Form der compensatio e. S., sei es in Form der deductio e. S.) in die Formel (s. Th. I, S. 11) oder Streitfrage aufzunehmen, und vermöge dieser Aufnahme statt auf 10 nur auf 5 zu verurtheilen. — Denselben Sinn hat l. 3 C. de contrar. jud. tut. (5. 58), wenn sie vom Richter sagt: admissa compensatione reliqui faciet condemnationem, von den Griechen so wiedergegeben, daß der Beklagte zwar das Abrechnungsbegehren vorzuschützen, der Kläger aber die Aufrechnung seiner Schuld und Forderung zu vollziehen habe. Basil. XXXVIII, 18 c. 3 mit Schol. 1 (Heimb. III, p. 785). Auch in die stipulatio praetoria kann die Compensation nur in dieser Form Aufnahme gefunden haben. l. 10 §. 3 D. de compens. (16. 2). S. v. Scheuerl, Beitr. S. 161 ff. — — [104]) l. 15 D. rat. rem hab. (46. 8), cf. Basil. IX, 11 c. 15 (Heimb. I, p. 483). — — [105]) Paul. sent. rec. II, 5 §. 3. Unbefriedigend erklärt von Krug, Compens. S. 89 ff. Dernburg, Compens. S. 247 ff. 256 ff. Ubbelohde a. a. O. S. 231 ff. Bethmann-Hollweg im Rhein. Mus. Bd. 1, S. 285. Sintenis in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 18, S. 36 f.

mittur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut caetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis —
so kann dieses keinen anderen Sinn haben, als daß der Kläger, und zwar nach dem quis der ersten, und nach der zweiten Person der zweiten Stelle zu urtheilen, nicht etwa bloß der argentarius und der schon von Gajus nur Beispielsweise [106]) genannte bonorum emtor, sondern jeder Kläger ohne Unterschied die vom Beklagten in jure durch doli exceptio verlangte Abrechnung einer Gegenforderung gleichartiger (ex pari specie) [107]), wenn auch aus einem verschiedenen Grunde (ex dispari causa, diverso contractu) geschuldeter Gegenstände (compensatio weiteren Sinns) nicht ablehnen darf, sondern entweder durch Wahl sei es einer intentio cum compensatione (compensare engeren Sinns), sei es einer condemnatio cum deductione (vel deducere engeren Sinns) [108]) die exceptio doli beseitigen, oder durch Forderung des Ganzen eine mit der exceptio doli versehene Formel über sich ergehen lassen und dann gewärtigen muß, für den Fall des vom Beklagten geführten Beweises der Gegenforderung aus formellen Gründen der Ueberforderung mit der ganzen Vorforderung durchzufallen (plus petendo causa cadere) [109]). Die exceptio doli fungirt nämlich trotz ihres Zwecks, durch Herbeiführung der compensatio oder deductio ganz oder zum Theil das, was die vom Kläger edirte Klage in die intentio oder condemnatio gebracht hat, auszuschließen [110]), hier wie auch sonst öfter [111]) nicht als peremtorische, sondern als dilatorische Einrede [112]), welche durch ordnungsmäßiges Eingehen auf das Abrechnungsbegehren des Beklagten vermieden werden kann, ebendaher, wenn sie nicht vermieden wird und gleichwohl in judicio als begründet sich herausstellt, mittelst processualischer Consumtion die Strafe des Proceßverlusts zur Folge hat [113]).

---

106) Gaj. IV, 65 . . . debet cum deductione agere velut bonor. emtor. — — 107) cf. l. 21 D. de compens. (16. 2) . . id, quod invicem debetur. Gaj. IV, 66. — — 108) cf. l. 4 D. de compens. (16. 2), Paul. . . fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest. — — 109) cf. Interpr. Visigoth. ad Paul. sent. rec. II, 5 §. 3. — 110) l. 2 pr., l. 22 pr. D. de except. (44. 1). — — 111) l. 2 §. 6 D. de doli exc. (44. 4), l. 7 pr. §. 4 D. de dote prael. (33. 4), l. 13 D. de jure dot. (23. 3), l. 34 D. de procur. (3. 3) cett. — — 112) cf. Keller, Proc. §. 36 S. 142. — — 113) Cic. de invent. II, 19. Nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones et ita jus civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egit. Quintil. decl. 359. Gaj. IV, 120—124. §. 8—11 J. de except. (4. 13), l. 2 D. de except. rei jud. (44. 2), l. 15 D. de O. et A. (44. 7), l. 2 C. Hermog.

Begeht aber der Kläger einen dolus nicht dadurch, daß er überhaupt klagt [114]), sondern dadurch, daß er nicht so, wie er soll, klagt, male petit [115]); besteht ferner das male petere nicht in der Einklagung eines unrichtigen Ueberschusses, wie möglicher Weise bei dem cum compensatione klagenden argentarius [116]), sondern in der Ablehnung jeder Beschränkung auf einen Ueberschuß, in dem totum petere [117]): so bildet auch das totum petere den Gegensatz gegen alles ab initio minus petere [118]), d. h. sowohl gegen das agere cum compensatione als gegen das agere cum deductione, und das plus petendo causa cadere ist nicht bloß Folge des non compensare, sondern auch Folge des non deducere, oder, wie die Westgothische Erklärung in richtiger Allgemeinheit sagt: die Folge der Weigerung des Klägers, seine Schuld überhaupt zur Abrechnung zu verstellen [119]).

Es besteht hiernach einerseits in der durch die exceptio doli vermittelten Erzwingbarkeit gerichtlicher Abrechnung das „merum jus compensationis“, welches durch die aequitas eingeführt [120]), nach und nach auf alle Forderungen [121]), ja selbst auf dingliche Klagen [122]) erstreckt und in seinen Wirkungen durch die exceptio: si non ea pecunia petatur, quae compensata est, geschützt ist [123]): andererseits in dem zum wirklichen Eintritt der Compensation erforderlichen

---

de calumniat. (tit. V). — — 114) l. 36 D. de V. O. (45. 1), l. 2 §. 3—5 D. de doli exc. (44. 4). — — 115) l. 4 D. de compens. (16. 2), Paul. . . cum totum peto a reo, male peto. S. S. 25 not. 84. — — 116) Gaj. IV, 68 . . . si facta compensatione plus numo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. cf. IV. 53. — — 117) S. not. 115. — — 118) l. 21 D. de compens. (16. 2), Paul. . . ab initio minus ab eo petitur. Gaj. IV, 66 . . . deducto eo, quanti id erit, in reliquum experitur. l. 5 C. de compens. (4. 31) in Verbindung mit Basil. XXIV, 10 c. 29 und Schol. 1 (Heimb. III, p. 49) . . petitio autem ejus, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur. — — 119) Interpr. Visig. ad Paul. sent. rec. II, 5 §. 3. Si quis alicui debeat solidos X, et illi, qui debet, de quacunque ratione debeantur a creditore suo solidi V: et veniat creditor et totos X solidos a debitore petat, si probaverit ille debitor, sibi ab eo V solidos deberi, quare illum in solidum pro totis X solidis convenit, causam perdit, qui noluit debitum compensare. — — 120) l. 36 D. de admin. et peric. tutor. (26. 7). — — 121) l. 10 §. 2 D. de compens. (16. 2), l. 5, l. 7 C. eod. (4. 31). — — 122) *a.* Die reivindicatio: l. 27 §. 5, l. 38 fin., l. 48, l. 65 D. de reiv. (6. 1). Basil. XV, 1 c. 27 §. 5 mit Schol. 94 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 20 sq.). — *b.* Die hereditatis petitio: l. 21 §. 2 D. de inoffic. test. (5. 2), l. 20 pr., l. 31 pr. §. 1—3, l. 37, l. 38, l. 39, l. 50 §. 1, l. 58 D. de her. pet. (5. 3), l. 4, l. 5 C. eod. (3. 31). — *c.* Die hypothecaria actio: l. 29 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — cf. l. 14 pr. C. de compens. (4. 31), §. 30 J. de act. (4. 6). — — 123) l. 19 §. 3 D. de probat. (22. 3).

Mangel einer Einrede, oder in derjenigen durch Vermeidung der exceptio doli herbeigeführten Sachlage, vermöge deren eine formula pura den Anspruch des Klägers von Vorn herein, sei es in der intentio, sei es in der condemnatio, auf den Ueberschuß der Forderung über die Gegenforderung beschränkt (ab initio minus petere), gerade diejenige ipso jure sich vollziehende Compensation[124]), deren allgemein gewordene Verbreitung Paulus an einem anderen Orte schildert, wenn er in unverkennbarem Gegensatze zu der früheren Begrenzung auf den argentarius und bonorum emtor von seiner Zeit sagt[125]):

Placuit, inter omnes[126]) ipso jure compensari.

zumal daraus die überraschende Folgerung abgeleitet wird, daß der Kläger vom Procurator des abwesenden Beklagten wegen Aufrechnung einer Gegenforderung keine cautio de rato verlangen könne, »quia (procurator) nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur«, d. h. weil der Procurator, welcher nur eine entweder zur vollen Abweisung des Klägers oder zur vollen Verurtheilung des Beklagten führende, in keinem Falle aber den materiellen Bestand der Gegenforderung berührende exceptio doli vorzuschützen hat, nicht sowohl seinerseits der Forderung des Klägers gegenüber eine Gegenforderung des Beklagten in die Waagschale legt, als vielmehr — da es Sache des Klägers ist, vor Anstellung der Klage über Forderung und Gegenforderung gewiß zu sein[127]) und seinerseits auf Erfordern des Beklagten durch Compensation oder Deduction die Abrechnung vorzunehmen[128]) — den Kläger nöthigt, daß dieser von Anfang an nur den um den Betrag der Gegenforderung verminderten Betrag seiner Forderung einklagt; denn durch dieses ab initio minus petere wird theils dem Procurator möglich gemacht, die fernere Vertheidigung des Beklagten auf den durch die Gegenforderung nicht wett geschlagenen Theil der Schuld desselben einzuschränken, weil man ipso jure aus jedem Contracte um so viel weniger schuldet, als mittelst Compensation zu-

---

124) l. 4, l. 10 pr., l. 21 D. de compens. (16. 2), l. 4, l. 14 pr. C. eod. (4. 31), §. 30 J. de act. (4. 6). Theophil. ad h. l. cf. l. 1 C. de distr. pign. (8. 28) . . . ipso jure liberatum pignus. — — 125) l. 21 D. de compens. (16. 2). Unzulänglich erklärt von Brinz a. a. O. S. 105 ff. v. Scheuerl a. a. O. S. 165. Dernburg a. a. O. S. 330 ff. Ubbelohde a. a. O. S. 248 ff. — — 126) Daß das: inter omnes nicht mit Cujac. obs. XV, 12 und Anderen zu placuit zu ziehen sei, zeigt gut Ubbelohde a. a. O. S. 261 ff. — — 127) l. 42 D. de reg. jur. (50. 17). Gaj. lib. 9 ad Edict. handelt über Compensation l. 5, l. 8 D. de compens. (16. 2). — — 128) Paul. sent. rec. II, 5 §. 3. Interpr. Visig. ad h. l. l. 15, l. 18 §. 1 D. de compens. (16. 2). Gaj. IV, 64. l. 38 D. de jure dot. (23. 3). Schol. 1 zu Basil. XXIX, 1 c. 34 (Heimb. III, p. 374).

rückgehalten werden darf[129]): theils wird dem Kläger auch ohne die sonst erforderliche cautio de rato [130]) schon in der empfangenen cautio judicatum solvi Sicherheit verschafft, daß nicht später der Beklagte die zur Compensation gezogene Gegenforderung klagend verfolge. Unter allen Umständen müßte nämlich vermöge der clausula de dolo [131]), welche in Ansehung der Vertheidigung das Fernsein und Fernbleiben jeder eignen und fremden Arglist verheißt[132]), die spätere Klagerhebung des Vertretenen den Verfall der cautio judicatum solvi bewirken, da entweder der Procurator arglistig wider den Willen des Vertretenen die Compensation angeregt, oder der Vertretene arglistig die mit seinem Willen geschehene Anregung der Compensation verleugnet haben würde.

Stellt nun aber die Formel mit compensatio oder deductio in der That die Sache so dar, als wären beide trotz der Compensabilität an sich unverändert gebliebene Forderungen[133]) dennoch von Zeit der Gegenseitigkeit zur zutreffenden Summe von selbst durch einander aufgewogen (ipso jure compensari)[134]), und ebendaher von selbst durcheinander entkräftet und gleichsam gezahlt[135]), mithin von selbst nicht bloß zur Zinstragung[136]), Pfandstützung[137]) u. s. w. unbrauchbar, sondern überhaupt unzahlbar[138]) und unklagbar[139]) geworden: so darf man sich nur erinnern, daß der Form bei den Römern allenthalben auf das genaueste der Inhalt entspricht, um über den Sinn des

---

[129]) l. 4 D. de compens. (16. 2). Theophil. IV, 6 §. 30. Schol. unter lit. g in den Noten zu Basil. XXIV, 10 c. 28 (Heimb. III, p. 48). cf. §. 2 J. de societ. (3. 25) . . compensatione facta solum, quod superest, intelligatur lucro esse. Cato de re rust. c. 44. 45. . . quanti conductum erit aut locatum erit deducetur, tanto minus debebitur . . . deducentur, neque id debebitur . . . quae ejus pars erit, omne deducetur neque debebitur. — — [130]) l. 9 §. 1 D. de compens. (16. 2). — — [131]) l. 6, l. 19 D. judic. solvi (46. 7), l. 69 D. de V. S. (50. 16), l. 45 D. de her. pet. (5. 3). Brackenhoeft in Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 10, S. 362 ff. — — [132]) l. 19 D. judicat. solvi (46. 7). — — [133]) l. 19 D. de compens. (16. 2) . . obligatio pristina manebit. l. 7 §. 1 D. eod., l. 26 D. de probat. (22. 3), l. 10 D. de duob. reis (45. 2). — — [134]) Theophil. IV, 6 §. 30. — — [135]) l. 4 C. de compens. (4. 31). In den Worten . . . ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ist der Ausdruck compensatio, wie in l. 14 §. 1 C. de compens. für causa, ex qua compensatur gebraucht. Die Basiliken (XXIV, 10 c. 28, Heimb. III, p. 48) übersetzen: ἡ τοῦ ἀντελλόγου δύναμις μίμησιν ἔχει καταβολῆς — compensationis vis imaginem habet solutionis. S. Schol. 1 zu Basil. XXIV, 10 c. 36 (Heimb. III, p. 50). cf. l. 76 D. de V. S. (50. 16), l. 4 D. qui potior. (20. 4), l. 19 D. de liberali caus. (40. 12). — — [136]) l. 11, l. 12 D. de compens. (16. 2), l. 4, l. 5, l. 6 C. eod. (4. 31), l. 7 C. de solut. (8. 43). — — [137]) l. 12 C. de compens. (16. 2), l. 3 C. de luit. pign. (8. 31), l. 4 D. qui potior. (20. 4). — — [138]) l. 10 §. 1 D. de compens. (16. 2), l. 30 D. de condict. indeb. (12. 6). — — [139]) l. 4, l. 21 D. de compens. (16. 2), l. 5 C. eod. (4. 31).

ipso jure compensari, sowohl was das Vorjustinianeische, als was das Justinianeische Recht betrifft, vollständig im Klaren zu sein; denn Justinian hat den Begriff des ipso jure compensari unverändert beibehalten [140]) und seine Neuerungen in der Compensationslehre darauf beschränkt, den veralteten Unterschied zwischen compensatio und deductio und den unzweckmäßigen Gebrauch der exceptio doli abzuschaffen.

Sowie nämlich dem dreifachen Wege, welcher im classischen Rechte zur Behandlung der Gegenforderungen offen stand, noch das von Justinian in einer älteren Constitution hinsichtlich des Depositars eingeschärfte Verbot entspricht [141]):

nullam compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat.

so bezweckt die später von Justinian mit geflissentlicher Nichterwähnung der doli exceptio und deductio erlassene Vorschrift [142]):

Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri.

gewiß nichts anderes, als für die Folge sowohl den Gebrauch der exceptio doli, als den Unterschied zwischen deductio und compensatio für aufgehoben zu erklären.

Oder sollte nicht durch das Zusammenfassen aller Arten von Abrechnung in den Einen Begriff der compensatio stillschweigend anerkannt sein, daß es im neueren Processe zu demselben Ziele führt, ob dem Richter durch Einklagung eines Ueberschusses oder durch Zulassung einer Verurtheilung auf den Ueberschuß die Minderung der Forderung um den Betrag der Gegenforderung möglich gemacht sei, weil die compensatio vor der deductio nicht mehr, wie früher, voraus habe, auf der einen Seite wegen unrichtiger Berechnung des Ueberschusses Verlust, auf der anderen Seite wegen eines eigenthümlichen Verfahrens bei der actio de certa pecunia Gewinn in Aussicht zu stellen [143])?

Und sollte nicht ferner, nachdem die processualische Consumtion abgekommen war, das ausdrückliche Gebot, daß fortan die vom Beklagten beantragten Compensationen — sofern dieselben nach den schon früher in Betracht gekommenen Billigkeitsrücksichten überhaupt zulässig

140) l. 14 pr. C. de compens. (4. 31), §. 30 J. de act. (4. 6), Theophil. ad h. l. — — 141) l. 11 C. depos. (4. 34). Schol. 2 a. E. zu Basil. XIV, 1 c. 6 §. 6 (Heimb. II, p. 75). — cf. l. 14 §. 1 C. de compens. (4. 31), §. 30 J. de act. (4. 6), Paul. sent. rec. II, 12 §. 12. Coll. X, 2. Dernburg, Compens. S. 426 f. 447 f. — — 142) l. 14 pr. C. de compens. (4. 31). cf. §. 30 J. de act. (4. 6). Theophil. ad h. l. — — 143) l. 2 §. 2 C. de plus pet. (3. 10), §. 33 in f. J. de act. (4. 6).

seien [144]) — in allen Fällen persönlicher und dinglicher Klagen [145]) so zu wirken haben, als ob die gegenseitigen Forderungen zur zutreffenden Summe von Zeit der Gegenseitigkeit an von selbst durch einander aufgewogen wären [146]), das stillschweigende Verbot einschließen, noch künftig zu gestatten, daß der gegenforderungsberechtigte Beklagte den Kläger durch den Gebrauch der exceptio doli der Gefahr des plus petere und des causa cadere aussetze und der Kläger auf diese Gefahr hin willkührlich durch totum petere der Compensation sich entziehe? Sollte Justinian nicht vielmehr gerade dieses Verbots wegen zugleich bemühet gewesen sein, den Uebelstand, welcher bisher mit den der Anregung durch exceptio doli ausnahmsweise nicht bedürftigen Compensationen verbunden war, daß nämlich der Beklagte oft erst gegen Ende des Processes, nachdem der Kläger bereits den Beweis seiner Forderung geführt hatte, mit illiquiden Gegenforderungen hervortrat, dadurch abzustellen, daß er dem Richter die Ermächtigung ertheilte, dergleichen Gegenforderungen ad separatum zu verweisen [147])?

Mir scheint das eine sowenig zweifelhaft zu sein als das andere, weshalb mit den Institutionen die geschichtliche Entwickelung in ihrem Verlaufe kurz also geschildert werden kann [148]):

Während früher bloß in judiciis bon. fid. zwischen Forderungen und Gegenforderungen ex eadem causa unter allen Umständen die Compensation sich ipso jure vollzog, bei Gegenforderungen ex diversa causa dagegen in allen judiciis zu demselben Zwecke die Vermittelung der in judiciis stricti juris allgemein erst durch Mark Aurel für zulässig erklärten exceptio doli in Anspruch zu nehmen und ebendaher eine ipso jure sich vollziehende Compensation von Forderung und Gegenforderung nicht immer zu erreichen war: so hat Justinian, nachdem der Unterschied zwischen deductio und compensatio unpraktisch geworden, durch Beseitigung des Gebrauchs der exceptio doli bei allen Klagen, dinglichen wie persönlichen, den Compensationen, welche sich auf liquide Gegenforderungen stützen, in der Weise,

---

[144]) §. 39 J. de act. (4. 6) . . ex bono et aequo habita ratione ejus, quod invicem actorem . . . praestare oportet. cf. Theophil. h. l. Ueber die in den Institt. sich noch findenden Worte: ex eadem causa s. Arndt's Pand. §. 264 not. 4. — — [145]) Schol. 1 zu Basil. XLII, 1 c. 62 (Heimb. IV, p. 239). — — [146]) Theophil. IV, 6 §. 30. — — [147]) l. 14 §. 1 C. de compens. (4. 31), §. 30 J. de act. (4. 6), §. 39 J. eod. . . plerumque. Theophil. IV, 6 §. 30. 39. Schol. 1 zu Basil. XXIV, 10 c. 28 (Heimb. III, p. 48). Dernburg, Compens. S. 470 ff. Schletter, Jahrb. Bd. 8, S. 5. v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. Th. 3, S. 387 ff. Briegleb, summar. Proc. §§. 46. 77. Wieding, Justinian. Libellproc. S. 220 ff. — — [148]) §. 30. 39 J. de act. (4. 6), Theophil. ad hh. ll.

daß sie die Forderungen ipso jure mindern, einen erweiterten Wirkungskreis eröffnet[149]).

Hiernach muß — um zu unserem Cessionar Publius Mävius zurückzukehren — der Schuldner Numerius Negidius, welcher gegen Publius Mävius aus dem Testamente auf 10,000 klagt, nachdem er auf die von Publius Mävius im Namen des Cedenten Aulus Agerius aus der Stipulation angestellte Klage auf 10,000 sich eingelassen hat, der von Publius Mävius durch die exceptio doli in jure geforderten Abrechnung dieser wenn gleich bestrittenen, so doch eventuell durch die litiscontestatio auf Publius Mävius als eigne Forderung aus der obligatio condemnari oportere übergegangenen Stipulationsforderung des Cedenten Aulus Agerius zu 10,000 wenigstens insofern entgegenkommen, daß er die condemnatio seiner Testamentsklage nicht, wie ursprünglich beabsichtigt, auf die bestimmte Summe von 10,000 richtet, sondern auf den ungewissen Ueberschuß über die dem Publius Mävius aus der obligatio condemnari oportere zustehende Gegenforderung beschränkt, also, um die Einschaltung der exceptio doli zu vermeiden, der ganzen Formel etwa folgende Fassung geben läßt:

> Si paret, Pm Mm No No ex testamento decem milia dare oportere, judex Pm Mm No No eorum decem milium quantum superest deducto eo, quidquid Ns Ns ex obligatione condemnari oportere Po Mo debet, condemnato, s. n. p. a.

Durch diese Formel war der judex zur Berücksichtigung der Gegenforderung des Cessionars aus der obligatio condemnari oportere angewiesen, mithin verpflichtet, über Dasein und Größe derselben zu entscheiden und auf diese Weise indirect die im verlassenen Processe direct erstrebte res judicata über die cedirte Forderung herbeizuführen[150]).

Was dagegen den procurator in rem alienam anlangt, so würde derselbe die für den dominus in litem deducirte Forderung nicht zur Compensation ziehen können. Seine exceptio doli, womit er den Gegner zur Anwendung einer auf compensatio oder deductio eingerichteten Formel zwingen wollte, würde wegen mangelnder Gegenseitigkeit[151]) verworfen werden müssen, weil ihm die durch die litiscontestatio und res judicata begründete Forderung aus der obligatio condemnari und judicatum facere oportere materiell fremd

149) Die Erklärung, welche Ubbelohde a. a. O. S. 276 ff. hinsichtlich dinglicher Klagen von der ipso jure eintretenden Compensation giebt, ist außer anderen Gründen schon deshalb unrichtig, weil sie niemals zur Minderung, wie die Institutionen voraussetzen, sondern stets zur gänzlichen Abweisung der Klage führen würde. — — 150) S. S. 23 not. 59. Nicht entgegen ist l. 30 D. de judic. (5. 1), wie irrig angenommen ist bei Seuffert, Arch. VII, Nr. 300. — — 151) S. Th. II, S. 26 not. 88.

ist, also nicht der Gegner durch Ablehnung, sondern er selbst durch Einleitung eines die vorenthaltenen Früchte des procuratorio nomine angestellten Processes ihm indirect zuwendenden Verfahrens gegen den dem Principal utiliter verhaftet bleibenden Gegner dolos handeln würde [152]).

VIII. Das s. g. beneficium competentiae ist öfter gegen den procurator in rem alienam begründet, wo es gegen den procurator in rem suam unbegründet ist, und umgekehrt.

Das s. g. beneficium competentiae bestand ursprünglich in der dem Schuldner entweder gegen gewisse oder unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen alle Gläubiger zukommenden Rechtswohlthat, nicht auf den vollen Betrag der Schuld, sondern nur bis zum Betrage seines zur Zeit des Urtheils [153]) vorhandenen oder arglistig abhanden gebrachten [154]) Vermögens verurtheilt zu werden [155]), damit da, wo es die gute Sitte forderte [156]), dem Verurtheilten die Gefahr der Personalexecution und der infamirenden bonorum venditio fern blieb [157]).

Diese Wohlthat trat bei der auf quantum aequius melius sit dari repromittive lautenden Formel der actio rei uxoriae [158]) vermöge des mit diesen Worten zu verbindenden Sinns ohne Weiteres ein [159]), so daß der Richter, welcher den zahlungsunfähigen Ehemann gleichwohl in solidum verurtheilte, sich eines Rechtsirrthums schuldig machte [160]) und daher insoweit ein selbst ohne Appellation mit der exceptio doli angreifbares Erkenntniß abgab [161]). In allen übrigen

---

[152]) cf. Pufendorf obs. I, 78. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 18, S. 95. 100. — — [153]) l. 63 §. 6 D. pro soc. (17. 2), l. 15 pr., l. 53 D. solut. matrim. (24. 3). — — [154]) l. 63 pr. §. 7 D. pro soc. (17. 2), l. 18 §. 1 D. solut. matrim. (24. 3), l. un. §. 7 C. de rei uxor. act. (5. 13). — — [155]) Ueber die processual. Behandlung s. Sintenis in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 15, S. 312 ff. Francke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 23, S. 387 ff. — — [156]) l. 14 §. 1, l. 15 §. 2, l. 16 D. solut. matrim. (24. 3). — — [157]) Gaj. III, 199. l. 23 pr. D. ex quib. caus. maj. (4. 6), l. 34 D. de re jud. (42. 1), l. 1, l. 8 C. qui bon. cedere poss. (7. 71), l. 1, l. 2 C. de priv. carcer. inhib. (9. 5), l. 23 C. de episc. aud. (1. 4). Keller, Proc. S. 352. — — [158]) Cic. pro Q. Rosc. 4. 11. 12. de offic. III, 15. Topic. XVII, §. 66, l. 66 §. 7 D. solut. matrim. (24. 3), l. 82 D. de solut. (46. 3), Boëth. ad Cic. Topic. XVII, §. 66 (Orelli Cic. Schol. I, p. 378). Bechmann, röm. Dotalr. I, S. 72 ff. — — [159]) l. un. §. 7 C. de uxor. act. (5. 13), Basil. XXIX, 1 c. 119 §. 7 (Heimb. III, p. 454): οὐδὲ εἰς ὁλόκληρον ἐκινεῖτο, ἀλλ' εἰς ὅσον ηὐπόρει — et non in solidum, sed in quantum facere maritus potest, intenderetur. — — [160]) l. 17 §. 2 D. solut. matrim. (24. 3). Schol. 10 zu Basil. XXVIII, 8 c. 15 §. 2 . . . ἀγνοήσας τὸν νόμον ὁ δικαστὴς τῆς προικός — judex jus dotis ignorans. Schol. 1 zu Basil. XXVIII, 1 c. 17 (Heimb. III, p. 254). — — [161]) l. 1 §. 2 D. quae sent. sine appell. (49. 8) in Verbindung mit l. 32 D. de re jud. (42. 1). Schol. 7 u. Interpret. zu Basil. XXVIII, 1 c. 17 (Heimb. III, p. 255).

judiciis, gleichviel waren sie bonae fidei oder stricti juris, mußte der Richter zur Berücksichtigung der Rechtswohlthat in der Formel besonders angewiesen werden [162]). Der Prätor schaltete zu dem Ende der condemnatio die Beschränkung ein: duntaxat in id, quod facere potest, quodve dolo malo fecit, quominus possit [163]).

Diese taxatio hatte der Beklagte in jure durch eine Einrede zu beantragen [164]), da die vom Kläger edirte Klage in der condemnatio wie in der intentio auf den vollen Schuldbetrag gerichtet war, und nicht, wie die actio de peculio, theils in der intentio und condemnatio verschiedene Personen betraf, theils von selbst eine auf ein bestimmtes Maß begrenzte condemnatio mit sich brachte [165]), welche den Beklagten nur als bedingt und daher zum Vollen nicht einmal als naturaliter verpflichtet darstellte [166]); ein Unterschied, der die wichtige Folge äußerte, daß die actio de peculio, nicht über den Betrag des peculium hinaus processualisch consumirt wurde, sondern nach eingetretener Vermehrung des peculium ohne Hinderniß wiederholt werden konnte [167]), die bloß auf Antrag des Beklagten hinsichtlich der Verurtheilung beschränkte Klage dagegen durch einmalige Rechtshängigkeit vollständiger Zerstörung anheimfiel [168]) und den Schuldner hinsichtlich des nicht gedeckten Schuldrückstands unwiederbringlich befreiete. Unbillige Folgen dieser Befreiung hinderte der judex nur dadurch, daß er regelmäßig vor dem Ausspruche der beschränkten Verurtheilung dem Beklagten das dem Kläger zu ertheilende Stipulationsversprechen abnöthigte, Nachzahlung leisten zu wollen, falls er zu besserem Vermögen komme [169]). Ohne solches Stipulationsversprechen konnte also der

---

162) Theophil. IV, 6 §. 37. — — 163) Keller, Proc. §. 36 S. 143 ff. — — 164) l. 17 §. 1 D. solut. matrim. (24. 3), l. 41 pr. D. de re jud. (42. 1), l. 3 C. de bon. auctor. jud. possid. (7. 72), l. 7 pr. D. de except. (44. 1), l. 63 §. 2 D. pro soc. (17. 2). Schol. 2 zu Basil. XXIX, 1 c. 79. Schol. 10 zu Basil. XXVIII, 8 c. 15 §. 2. Schol. 5 zu Basil. XXVIII, 8 c. 17 §. 1 (Heimb. III, p. 427. 254. 255). Schol. 7. 8 zu Basil. XII, 1 c. 61 §. 2 (Heimb. I, p. 767 sq.), — — 165) Schol. 9 zu Basil. XII, 1 c. 61 §. 4 (Heimb. I, p. 768) Schol. 189 zu Basil. XVIII, 5 c. 47 §. 5 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 228 sq.). — — 166) l. 5 §. 2 D. de liberat. leg. (34. 3), l. 9 pr. D. de compens. (16. 2), l. 1 §. 7 D. de constit. pecun. (13. 5). Nicht entgegen ist l. 11 D. de condict. indeb. (12. 6). S. v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. Th. 3, S. 408 f. Erxleben, condict. indeb. S. 111 ff. — — 167) l. 30 §. 4, l. 47 §. 2 D. de pecul. (15. 1), l. 32 §. 3 D. de usur. (22. 1), l. 1 §. 10 D. quando de pecul. act. (15. 2). cf. l. 50 §. 2 D. de pecul. (50. 1), l. 5 §. 2 D. de liberat. leg. (34. 3). Nicht entgegen ist l. 32 pr. D. de pecul. (15. 1). S. Schol. 189 zu Basil. XVIII, 5 c. 47 §. 5 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 228 sq.). — — 168) Gaj. IV, 57 und die Stellen in nott. 165 und 169. — — 169) l. 47 §. 2 D. de pecul. (15. 1), l. 63 §. 4 D. pro soc. (17. 2), l. un. §. 7 C. de rei uxor. act. (5. 13). Schol. 7 Interrog. zu Ba-

Gläubiger den zu besserem Vermögen gelangten Schuldner auf den Rückstand nur dann verklagen, wenn er demselben ohne gerichtliches Verfahren den Gebrauch seiner Rechtswohlthat gestattet hatte [170]).

Die Einrede, welche in jure zur Erlangung der taxatio und insofern zur theilweisen Ausschließung dessen, was die vom Kläger edirte Klage in die condemnatio gebracht hatte [171]), oder zur Verminderung der damnatio [172]) vorgeschützt wurde, konnte als exceptio doli [173]) oder als exceptio in factum [174]) concipirt, in beiden Formen aber vom Kläger durch bereitwillige Zulassung der taxatio vermieden werden, machte also erst, wenn sie bestritten wurde, ein weiteres Verfahren nöthig. Dasselbe war doppelter Art, je nachdem der Prätor den Kläger mit mehr oder weniger Schonung behandeln zu müssen glaubte. Im ersten Falle stellte der Prätor selbst über die bestrittenen Voraussetzungen der Rechtswohlthat eine Untersuchung an und erledigte nach deren Ausfalle die Einrede vor der litiscontestatio durch ein Decret, welches darüber entschied, ob in der zu ertheilenden Formel die taxatio zu- oder weggelassen werden sollte [175]). Im zweiten Falle ertheilte er ohne Weiteres eine Formel, in welche statt der die condemnatio beschränkenden taxatio vielmehr die vom Beklagten vorgeschützte Einrede aufgenommen wurde. Der judex hatte dann nur entweder die Einrede zu verwerfen und den Beklagten in den vollen Schuldbetrag zu verurtheilen [176]), oder die Einrede als rechtlich und thatsächlich begründet zu erkennen und den Kläger mit der ganzen Klage zurückzuweisen [177]).

Im zweiten Falle trat also bei der Rechtswohlthat der Competenz processualisch eine ähnliche Behandlung ein, wie bei der Compensation, weshalb beide Rechtsverhältnisse in den Institutionen zusammen erörtert werden [178]). Die der Möglichkeit des Verzichts entzogene ex-

---

sil. XXVIII, 8 c. 17 §. 2 (Heimb. III, p. 255). Schol. 189 zu Basil. XVIII, 5 c. 47 §. 2 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 228 sq.). Schol. 9 zu Basil. XII, 1 c. 61 §. 4 (Heimb. I, p. 768) . . . merito in actione pro socio et in ceteris personis, quae in quantum facere possunt, condemnantur, cautio necessaria est, utpote actione consumta. — — [170]) l. 8 C. solut. matrim. (5. 18) . . . condemnandus est, nicht condemnatus est. — — [171]) l. 2 pr. D. de except. (44. 1). — — [172]) l. 22 pr. D. de except. (44. 1). — — [173]) l. 12 pr. D. de exc. doli (44. 4). — — [174]) l. 7 D. de except. (44. 1). — — [175]) l. 2 pr. §. 1, l. 4 §. 4 D. quod cum eo, qui (14. 5), l. 22 §. 1 D. de re jud. (42. 1). Keller, Proc. §. 50 S. 204 f. — — [176]) l. 51 pr. D. de re jud. (42. 1) in Verbindung mit l. 6 C. quae in fraud. cred. (7. 74). Huschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 14, S. 46. — — [177]) l. 41 pr. D. de re jud. (42. 1) . . . nulla creditor exceptione summoveretur. — — [178]) §. 37—40 J. de act. (4. 6).

ceptio [179]), welche hier, wie dort, verzögerlich wirkte, wenn sich der Kläger die Beschränkung der Formel gefallen ließ, wirkte zerstörlich, wenn der Kläger die beantragte Beschränkung ablehnte, und nun, weil er mit Hintansetzung der Pflicht, über das Maß seiner Ansprüche gewiß zu sein [180]), geklagt hatte, wie er nicht hätte klagen sollen (male petit [181]), auf Grund der Einrede völlig zurückgewiesen wurde.

Gerieth der voll verurtheilte Beklagte erst später in Unvermögen, oder war im judicium rei uxoriae der schlechterdings nur auf das Erschwingliche zu verurtheilende Ehemann vom judex aus Rechtsirrthum durch unbeschränkte Verurtheilung der Gefahr der Personalexecution und infamirenden bonorum venditio ausgesetzt worden: so konnte der Prätor noch im Executionsverfahren den Anforderungen der guten Sitte Genüge verschaffen, wenn der Verurtheilte gegen die actio judicati eine exceptio doli vorschützte [182]); denn auch diese exceptio führte nun eventuell zu gänzlicher Zurückweisung des Klägers, falls derselbe die Execution nicht gutwillig auf das vorhandene oder arglistig abhanden gebrachte Vermögen des Verurtheilten beschränkte [183]).

Nun entscheidet sich aber die Frage, ob der Kläger auf das Competenzbegehren des Beklagten einzugehen verpflichtet sei, oder nicht, häufig nach dem persönlichen Verhältniß, welches zwischen den Parteien besteht, indem z. B. den Eltern gegen ihre Kinder, dem Patron gegen den Freigelassenen, den Ehegatten und Geschwistern gegen einander [184]) die fragliche Rechtswohlthat gebührt. In diesen Fällen trifft der Vorwurf, wider die gute Sitte bestrebt zu sein, den Beklagten der vollen Executionsstrenge zu unterwerfen, den procurator in rem suam, wenn sein Verhältniß zum Beklagten den Letzteren zur Erwartung größerer Schonung berechtigt, weil der procurator in rem suam die zu erringende actio judicati directa auch materiell behält. Derselbe Vorwurf trifft aber den procurator in rem alienam vielmehr dann,

---

179) l. 14 §. 1 D. solut. matrim. (24. 3). — — 180) l. 42 D. de reg. jur. (50. 17). — — 181) l. 4 pr. D. quod cum eo, qui (14. 5) . . . Sed et hic judex aestimare debet, ne forte in id, quod facere potest, debeat convenire. l. 6 C. quae in fraud. cred. (7. 74) . . . perspicis, adversus fraudatorem intra annum, in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quominus possit, edicto perpetuo actionem tantum permitti. S. Huschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 14, S. 44 ff. — — 182) l. 17 §. 2 D. solut. matr. (24. 3), l. 33 D. de donat. (39. 5) . . in actione judicati non frustra desiderat, in quantum facere potest, conveniri. — — 183) l. 5 pr. D. quod cum eo, qui (14. 5), l. 6 pr., l. 18, l. 41 §. 2 D. de re jud. (42. 1) . . . In solidum condemnatus donator actione judicati, nisi in quantum facere potest, non tenetur beneficio Constitutionis. cf. l. 12 D. de donat. (39. 5). — — 184) l. 63 pr. D. pro soc. (17. 2). Schol. 4 zu Basil. XII, 1 c. 61 pr. (Heimb. I, p. 767).

wenn das Verhältniß des dominus zum Beklagten dem Letzteren Anspruch auf rücksichtsvollere Behandlung gewährt, weil der procurator in rem alienam die direct zu erwerbende actio judicati sofort durch fingirte Cession als utilis actio an den dominus verliert. Dagegen bleiben umgekehrt die persönlichen Beziehungen, welche den Schuldner dort dem Cedenten und hier dem procurator in rem alienam verbinden, ohne allen Einfluß, so daß z. B. wenn ein Fremder gutgläubig die Forderung des Bruders des Schuldners als procurator in rem suam oder der Bruder des Schuldners die Forderung eines Fremden als procurator in rem alienam einklagt, die zur Erlangung beschränkter Verurtheilung vorgeschützte Einrede unbegründet ist, während das Gegentheil Statt findet, wenn ein Fremder die Forderung des Bruders des Schuldners als procurator in rem alienam oder der Bruder des Schuldners die Forderung eines Fremden als procurator in rem suam geltend macht. Der Fremde als procurator in rem suam des Bruders des Schuldners würde nur dann einer exceptio doli unterliegen, wenn er im Einverständniß mit dem Cedenten gerade deshalb als procurator in rem suam aufgetreten wäre, um dem Schuldner die Rechtswohlthat der Competenz zu vereiteln[185]).

IX. Die exceptio doli darf dem procurator in rem alienam bloß wegen der bei und nach der litiscontestatio, dem procurator in rem suam dagegen überdies auch wegen der vor der litiscontestatio begangenen Arglist entgegengesetzt werden. Beide Sätze sind in nachfolgenden Stellen ausgesprochen:

Ulpianus lib 76 ad Edictum[186]):

Quaesitum est, an de procuratoris dolo, qui ad agendum tantum datus est, excipi possit? Et puto, recte defendi, si quidem in rem suam procurator datus sit: etiam de praeterito ejus dolo (hoc est, si ante acceptum judicium dolo quid fecerit) esse excipiendum; si vero non in rem suam: dolum praesentem in exceptione conferendum. Si autem is procurator sit, cui omnium rerum administratio concessa est, tunc de omni dolo ejus excipi posse Neratius scribit.

Neratius lib. 4 Membranarum[187]).

Procurator agit: de dolo ejus excipi non debet, quia aliena lis est, isque rei extraneus: neque alienus dolus nocere alteri debet. Si post litem contestatam dolo quid fecerit,

---

185) arg. l. 34 D. de procur. (3. 3). S. §. 38. — — 186) l. 4 §. 18 D. de doli mali exc. (44. 4). — — 187) l. 11 pr. D. eod.

an exceptio eo nomine in judicium objicienda sit, dubitari protest? quia litiscontestatione res procuratoris fit, eamque suo jam quodammodo nomine exequitur. et placet, de procuratoris dolo excipiendum esse. Idem de tutore, qui pupilli nomine aget, dicendum est.

Im ersten Bruchstücke fragt Ulpian, ob gegen den Procurator, welcher nur zur gerichtlichen Durchführung des Klagerechts bestellt sei, aus dessen eignem dolus eine Einrede hergenommen werden dürfe, und beantwortet diese Frage mit der Unterscheidung: wenn der Procurator in rem suam bestellt sei, so dürfe auch wegen des vergangenen, d. h. vor der litiscontestatio von ihm verübten dolus excipirt werden, wenn der Procurator dagegen nicht in rem suam bestellt worden, so sei nur der gegenwärtige dolus unter die Einrede zu ziehen. Bloß wenn ein procurator omnium bonorum klagend auftrete, dürfe gegen diesen nach des Neratius richtiger Ansicht wegen jedes dolus excipirt werden.

Im zweiten Bruchstücke bestätigt der eben citirte Neratius: es dürfe gegen den auf Proceßführung beschränkten procurator in rem alienam wegen des vor der litiscontestatio begangenen dolus, weil (materiell) der Rechtsstreit einem Anderen gehöre und er, der Procurator, der Sache fremd sei, fremder dolus aber einem Dritten nicht schaden solle, nicht excipirt werden, wohl aber wegen des nach der litiscontestatio begangenen dolus [188]), weil (formell) der Rechtsstreit durch die litiscontestatio des Procurators eigne Sache geworden sei und gewissermaßen in dessen eignem Namen betrieben werde. Ebenso solle es gehalten werden, wenn ein Tutor im Namen des Pupillen klage.

Beide Bruchstücke erklären sich sehr einfach durch folgende Erwägungen:

Die Formel der exceptio doli enthält bekanntlich den Namen desjenigen, auf dessen dolus man sich einredeweise stützt [189]), und hat außerdem einen auf die Vergangenheit, und einen anderen auf die Gegenwart gerichteten Theil, indem sie lautet [190]):

si in ea re nihil dolo malo actoris factum sit neque fiat.

Gegen den procurator in rem suam soll nun die exceptio so gefaßt werden dürfen:

---

[188]) cf. l. 1 C. de poena jud. (7. 49). — — [189]) l. 2 §. 1 D. de doli exc. (44. 4), l. 4 §. 33 D. eod. . . exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit. — — [190]) Gaj. IV, 119. — l. 7 §. 11 D. de pact. (2. 14).

si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii (des Mandanten) vel Publii Maevii (des Procurator)[191]) factum sit, neque dolo malo Publii Maevii fiat,

gegen den procurator in rem alienam und den im Namen des Pupillen klagenden Tutor dagegen nur so:

si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii (des Mandanten oder des Pupillen)[192]) factum sit, neque dolo malo Publii Maevii (des Procurator oder des Tutor)[193]) fiat.

Der procurator in rem suam begründet nämlich durch seine litiscontestatio eine nicht bloß formell, sondern auch materiell ihm eigne lis und actio rei judicatae, so daß es durchaus billig ist, ihn nicht allein wegen des bei der litiscontestatio und späteren Proceßführung, sondern auch wegen des vor der litiscontestatio vielleicht schon mit Rücksicht auf seine künftige lis und actio rei judicatae unternommenen dolus verantwortlich zu machen[194]). Stellt doch Neratius in Betreff des vom Procurator begangenen dolus den allgemeinen Grundsatz auf[195]):

ut dolus omnimodo puniatur, etsi non alicui, sed ipsi, qui eum admisit, damnosus futurus est.

Dem procurator in rem alienam dagegen und dem Tutor gebührt nur formell die lis und die actio rei judicatae, während dieselbe materiell sofort durch fingirte Cession als utilis actio auf den dominus und Pupillen übergeht und dem Procurator oder Tutor als directa actio versagt wird. Der auf der litiscontestatio beruhende Rechtstreit (lis) ist daher im praktischen Erfolge nicht dem Procurator oder Tutor zugehörig, sondern dem dominus und dem Pupillen, denen durch den fremden dolus des Procurator und Tutor nicht geschadet werden darf. Nur insofern, als der Procurator und der Tutor durch seine litiscontestatio und seine Proceßführung thätig ist, dem fremden Rechtstoffe von seiner Person aus eine neue Rechtsform (causa) zu verschaffen, muß der bei dieser Thätigkeit verübte dolus auch dem dominus und dem Pupillen schaden, weil die durch die dolose Thätigkeit des Procurator und Tutor ins Dasein gerufene neue Rechtsform nicht bloß der directa actio judicati des Procurator und des

---

191) l. 2 §. 1 fin., l. 4 §. 19 D. de doli exc. (44. 4). — — 192) Beim Pupillen trat außerdem die Fiction hinzu: si pubes esset fuissetve. — l. 4 §. 26 D. de doli exc. (44. 4). — cf. Goldschmidt im Arch. f. civ. Pr. Bd. 39, S. 450 f. — — 193) l. 4 §. 23—25 D. de doli exc. (44. 4). — — 194) Anwendungen in l. 13 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 22 §. 5 D. de liberali causa (40. 12). S. Th. II, §. 15. — — 195) l. 11 §. 1 D. de doli exc. (44. 4). — S. Mühlenbr., Ceff. §. 7 a. E. S. 73 not. 150.

Tutor, sondern auch der durch fingirte Cession davon abgeleiteten utilis judicati actio des dominus und des Pupillen zum Grunde liegt. Der dominus und der Pupill haftet mit anderen Worten für den dolus des Procurator beziehungsweise des Tutor gerade soweit, als der dolus bei den vom Procurator oder Tutor mit dem Willen des dominus beziehungsweise im amtlichen Auftrage für den dominus oder Pupillen besorgten Geschäften begangen ist[196]).

Dieselbe für die Haftung des Vertretenen aus dem dolus des Vertreters überhaupt Maaß gebende und daher auch beim actor in rem alienam Statt findende[197]) Regel verpflichtet den dominus des am Ende des ersten Bruchstücks genannten procurator omnium bonorum, für allen vom procurator als solchem verübten dolus einzustehen, eben weil er alle seine Geschäfte durch den procurator besorgen läßt. Der procurator omnium bonorum gleicht insofern dem Haussohn und Sklaven als ständigen Repräsentanten des Peculium[198]), oder dem Tutor, welcher aus einem von ihm selbst für den Pupillen besorgten Geschäfte im eigenen Namen klagbar zu werden vermag[199]) und dann dem Pupillen auch durch dolus praeteritus schadet[200]) vermöge der einfach dahin gefaßten exceptio:

> si in ea re nihil dolo malo Publii Maevii (des Procurator oder des Tutor) factum sit neque fiat.

---

[196]) l. 4 §. 17. 23—25 D. de doli exc. (44. 4), Basil. LI, 4 c. 11 (Heimb. V, p. 99). — l. 4 D. quando ex fact. tut. (26. 9). — Ueber den Sinn von extrinsecus s. Basil. XXVIII, 9 c. 4 (Heimb. III, p. 672). — l. 15 pr. D. de dol. mal. (4. 3), l. 49 D. de reg. jur. (50. 17). — — [197]) l. 5 §. 3 D. de doli exc. (44. 4). — — [198]) l. 4 §. 17 D. de doli exc. (44. 4). — Mühlenbr., Ceff. S. 117. — — [199]) l. 1 §. 4 D. de adm. tut. (26. 7), l. 11 §. 7 D. de pignor. act. (13. 7). — S. Th. I, S. 400 not. 26. — — [200]) l. 4 §. 23 D. de doli exc. (44. 4). Die Worte: dicendum esse, sive quis emerit a tutore rem pupilli, sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid fecerit tutor et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere, übersetze ich so: man muß sagen, daß, mag Jemand vom Vormunde eine Sache des Mündels gekauft haben, oder mag sonst mit dem Vormunde auf Rechnung des Mündels contrahirt sein, oder mag der Vormund einen Betrug verübt und dadurch den Mündel bereichert haben, dieses dem Mündel schaden müsse, so nämlich, daß aus der Person des Mündels in den beiden ersten Fällen der Klage des Mündels die exceptio doli entgegengesetzt, in dem letzten Falle aber gegen den Mündel die actio doli gerichtet werden könne, cf. l. 15 pr. D. de dolo malo (4. 3). Keller, Pandecten S. 836 und S. 834 not. 23 behandelt die Worte: ex eo pupillus locupletior factus est als eine sinnlose Interpolation, um die ganze Stelle von der exceptio doli zu verstehen, was bedenklich zu sein scheint.

X. Die exceptio doli praesentis schadet zuweilen dem procurator in rem alienam, wo sie dem procurator in rem suam unschädlich ist.

Folgende Beispiele mögen dieses beweisen:

1. So oft ein Gläubiger dasselbe Interesse durch verschiedene Klagen gegen verschiedene Schuldner zu verfolgen vermag, schließt die von Einem der Schuldner geleistete Zahlung die Klage des Gläubigers gegen die anderen Schuldner zwar nicht ipso jure, aber doch ope exceptionis doli aus, weil bona fides non patitur, ut bis idem exigatur [201]). Dieser exceptio doli unterliegt auch der procurator in rem alienam, welcher im Namen des Gläubigers die Klage anstellt, weil der Versuch, den bereits schadlos gestellten Gläubiger durch die demselben kraft fingirter Cession ohne Weiteres anheim fallende actio rei judicatae abermals Zahlung zu erwirken, auch in der Person des Procurator als dolus erscheint.

Anders gestaltet sich das Verhältniß, falls derjenige Schuldner, welcher dem Gläubiger Zahlung leistete, später vom Gläubiger zum procurator in rem suam bestellt wird und als solcher, wenn gleich im Namen des Cedenten, gegen die anderen Schuldner Klage erhebt. Hier kann von doppelter Eintreibung desselben Schadensersatzes keine Rede sein, weder was den procurator selbst, noch was Dritte betrifft. Handelt der procurator in rem suam also nicht etwa aus anderen Gründen dolos, so kann er nicht gleich dem procurator in rem alienam mit der doli exceptio zurückgewiesen werden. Hat z. B. der mandator dem Gläubiger, welcher in seinem Auftrage einem Dritten Geld lieh, die Schuld abgetragen, oder der Tutor, welcher eine Forderung des Pupillen einzutreiben versäumte, dem Pupillen auf erhobene tutelae actio Entschädigung geleistet, so ist weder durch processualische Consumtion, noch durch Zahlung die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erloschen, dieselbe würde aber gleichwohl, weil Treu und Glauben die Eintreibung doppelten Schadensersatzes verbieten, durch doli exceptio zurückzuweisen sein, falls sie vom Gläubiger selbst oder von dessen procurator in rem alienam erhoben würde. Dagegen haben der mandator und der tutor, welche nach geleisteter Entschädigung vom Gläubiger Cession der demselben gegen den Hauptschuldner zustehenden Klagen erlangen, als procuratores in rem suam, auch wenn sie direct Namens des Cedenten klagen, keine exceptio doli zu besorgen, weil sie nicht für den schon befriedigten

---

[201]) l. 57 D. de reg. jur. (50. 17), l. 51 §. 1 D. de re judic. (42. 1), l 14 §. 2. 3 D. de condict. furt. (13. 1), l. 77 §. 5 D. de legat. II (31), l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 1 C. de re jud. (7. 52).

Cedenten, sondern für sich selbst die actio rei judicatae und die vermöge derselben einzutreibende Zahlung verfolgen, und vielmehr der debitor cessus seinerseits dolos handeln würde, wenn er zum Nachtheil der für ihn eingetretenen Cessionare der ihm von Rechtswegen obliegenden Zahlungsverpflichtung sich entziehen wollte. Papinian und Ulpian tragen daher nicht das mindeste Bedenken[202]), die dem mandator und tutor auch nach Befriedigung des Gläubigers von demselben abgetretenen Klagen gegen den Hauptschuldner ohne Unterscheidung, ob sie utiliter im eignen Namen oder direct im Namen des Cedenten von den Cessionaren geltend gemacht werden, für vollkommen wirksam zu erklären, und der Basilikenscholiast Stephanus verfehlt nicht, ausdrücklich auseinanderzusetzen, wie gerade aus dem angeführten Grunde der Schuldner die ihm gegen den Cedenten gegebene exceptio gegen den procurator in rem suam nicht gebrauchen könne[203]).

2. Ein ferneres Beispiel gewährt der Fall, wenn die Curatoren eines Minderjährigen den früheren Tutor wegen seiner Verwaltung zwar im Namen des Minderjährigen belangt, aber nicht ausreichend zur Verurtheilung gebracht haben und nun wegen dieser Verschuldung selbst von dem Curanden in Anspruch genommen und zur Entschädigung angehalten werden. Unter diesen Umständen ist die Klage des Minderjährigen gegen den zu gering verurtheilten Tutor nicht bloß zufolge der von den Curatoren geleisteten Entschädigung der exceptio doli ausgesetzt, sondern auch zufolge der von den Curatoren im Namen des Minderjährigen betriebenen Proceßführung durch processualische Consumtion erloschen, jedoch gegen die processualische Consumtion durch Restitution wiederherzustellen und der exceptio doli dadurch zu entziehen, daß sie nicht von dem Minderjährigen selbst oder von dessen procurator in rem alienam, sondern statt dessen von denjenigen zu procuratores in rem suam bestellten Curatoren verfolgt wird, welche für den Tutor zahlbar geworden sind. Papinian und Ulpian entscheiden ausdrücklich, daß die von dem Minderjährigen auch nach seiner Schadlosstellung zu Cessionaren ernannten Curatoren, ohne der exceptio doli zu unterliegen, nicht bloß den Restitutionsanspruch, sondern auch die vermittelst der nachgesuchten Restitution wiederhergestellte tutelae actio gegen den gewesenen Tutor wirksam zu verfolgen im Stande seien[204]); eine Entscheidung, die beim Mangel jeglicher Ein-

202) l. 95 §. 10 D. de solut. (46. 3), l 28 D. mandati (17. 1). — — 203) Schol. 1 zu Basil. XIV, 1 c. 28 (Heimb. II, p. 112). — — 204) l. 25 D. de adm. et peric. tut. (26. 7), l. 20 §. 1 D. de tut. (27. 3). — cf. Schol. 2. 3 zu Basil. XXXVIII, 3 c. 20 (Heimb. III, p. 721 sq.). — Unrichtig erläutert von Ant. Fabr. Jurisprud. Papinianeae scient. XII, princ. 8 illat. 1 p.

schränkung sowohl auf die direct im Namen des Cedenten, als auf die utiliter im eigenen Namen klagenden Cessionare Anwendung erleiden muß, deren Motive aber auf der anderen Seite den Schluß bestätigen, daß der procurator in rem alienam, welcher für den befriedigten Curanden die Restitution der consumirten tutelae actio und demnächst die abermalige Geltendmachung der restituirten Klage betreiben wollte, gleich dem Curanden selbst der exceptio doli unterliegen würde.

3. Bei dem Basilikenscholiasten Stephanus[205]) findet sich der Fall, daß ein Bürge, welcher ungültig verpflichtet ist, weil er etwa dem abwesenden Gläubiger[206]) oder einem freien Vertreter des Gläubigers auf den Namen des Letzteren durch Stipulation versprochen hat[207]), dessenungeachtet aus Rechtsirrthum die vermeintliche Bürgschaftsschuld bezahlt und den Hauptschuldner zwar ope exceptionis doli, aber nicht ipso jure von seiner Schuld befreiet. Dieser Bürge soll von der actio mandati gegen den Hauptschuldner ausgeschlossen sein[208]), indeß gegen den Gläubiger die condictio indebiti anstellen dürfen[209]), um wenigstens die Abtretung der demselben nach strengem Recht noch gegen den Hauptschuldner zustehenden condictio ex mutuo und actio hypothecaria zu erzwingen. Stephanus setzt also voraus, daß dem Hauptschuldner die demselben gegen den Gläubiger und den für den Gläubiger klagenden procurator in rem alienam nicht abzusprechende doli exceptio gegen den anstatt des Gläubigers als procurator in rem suam sei es direct im fremden sei es utiliter im eignen Namen klagenden Bürgen allerdings zu versagen sei.

XI. Der procurator in rem suam kann — wie weiter unten[210]) dargethan werden wird — vom dominus Sicherstellung verlangen, daß seine litiscontestatio unter allen Umständen des dominus Zustimmung erhalten werde, weil er wegen der ihm unverkürzt verbleibenden actio rei judicatae an der nur mit des dominus Zustimmung gültig zu vollziehenden litiscontestatio ein eigenes Interesse hat; der procurator in rem alienam hat wegen der ihm materiell

---

918 sqq.). — Richtiger von Cujac. ad Papinian. lib. II Resp. (opp. IV, p. 903 sqq.). — cf. Mühlenbr., Ceff. §. 39, S. 447 ff. — — [205]) Schol. 9 Abs. 3 zu Basil. XIV, 1 c. 29 §. 1 (Heimb. II, p. 114 sq.). — — [206]) Gaj. III, 136. 138. §. 12 J. de inutil. stip. (3. 20), l. 1 pr. D. de V. O. (45. 1), l. 3 C. de contrah. et committ. stip. (8. 38). — — [207]) S. Th. 1, S. 375. — — [208]) l. 29 §. 1 D. mand. (17. 1). — — [209]) Stephanus nimmt an, daß der Rechtsirrthum zwar nicht nütze, um sich zu bereichern, wohl aber nütze, um Schaden abzuwenden. S. Schol. 9 Abs. 1 u. 2 a. a. O. — — [210]) S. Th. II, §. 7.

entzogenen actio rei judicatae an der in des dominus Zustimmung bestehenden Vorbedingung der Klagerhebung so wenig Interesse, als an der Klagerhebung selbst, ebendaher aber auch kein Recht, den dominus zur Sicherstellung jener Vorbedingung anzuhalten.

XII. Der procurator in rem suam ist — wie gleichfalls weiter unten ausgeführt werden wird [211]) — nach der litiscontestatio verpflichtet, das Gericht, bei welchem die Klage anhängig ist, für Widerklagen gegen seine Person als forum reconventionis gelten zu lassen, der procurator in rem alienam nicht [212]); denn dieser verfolgt bei dem Gericht der Vorklage auch nach der litiscontestatio nur eine materiell fremde, jener dagegen eine materiell eigne Sache.

Im Vorstehenden sind, wenn nicht alle, so doch jedenfalls die hauptsächlichsten Abweichungen zwischen dem Verhältniß des in fremdem Namen zu eignem oder zu fremdem Vortheil klagenden Procurator dargestellt. An allen hat sich die Wahrheit des an die Spitze gestellten Satzes erprobt, daß die Ursache jeder Abweichung auf Seiten der procurator in rem suam in dem Vorbehalte, auf Seiten des procurator in rem alienam in der Entziehung der actio rei judicatae zu suchen sei, daß man daher die Consequenzen der bei beiden Arten von Procuratoren durch litiscontestatio gleichmäßig bewirkten processualischen Delegation nur beim procurator in rem alienam hie und da verlassen, beim procurator in rem suam dagegen durchweg festgehalten habe.

Dieselbe Wahrheit wird sich in den folgenden Kapiteln bewähren, in denen die Voraussetzungen und Wirkungen der vom procurator in rem suam direct in des Cedenten Namen betriebenen Proceßführung zu erörtern sind.

---

211) S. Th. II, §. 16 a. E. — — 212) arg. l. 23 D. de compens. (16. 2). Sartorius, Widerklage S. 146. Heimbach im Rechtslexic. Bd. 14, S. 591.

Drittes Kapitel.

Voraussetzungen, um als procurator in rem suam direct im Namen des Cedenten klagen zu können.

§. 4. **Uebersicht des Folgenden.** Um als procurator in rem suam direct im Namen des Cedenten klagen zu können, wird außer den früher erörterten allgemeinen Voraussetzungen, namentlich außer der justa causa, dreierlei erfordert, nämlich

A. Die Zustimmung des Cedenten zur litiscontestatio des procurator in rem suam;

B. Personen mit der allgemeinen Fähigkeit zu verfügen, und der besonderen Fähigkeit einerseits durch Andere, andererseits für Andere zu klagen;

C. Klagerechte, tauglich zu processualischer Delegation und auf eine Leistung gerichtet, welche überhaupt und ohne Veränderung ihres Wesens, Namens des Cedenten dem procurator in rem suam zu schließlich eignen durch die causa der Cession bestimmten Zwecken geschehen kann.

Alle drei Erfordernisse sind nun einzeln durchzugehen.

A. Erstes Erforderniß.

Zustimmung des Cedenten zur litiscontestatio des procurator in rem suam.

§. 5. Damit durch die litiscontestatio des procurator das Klagerecht des dominus untergehe und in Gestalt der obligatio condemnari, eventuell judicatum facere oportere auf den procurator — wenn auch auf den procurator in rem alienam wegen der zu Gunsten des dominus sofort in Kraft tretenden Cessionsdichtung bloß formell — übergehe, ist die vorgängig durch Mandat oder nachträglich durch Ratihabition [1]) zu ertheilende Zustimmung des dominus erforderlich. Ohne diese Zustimmung würde der Beklagte durch die litis

---

[1]) l. 56 D. de judic. (5. 1), l. 25 §. 2 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 27 pr., l. 66 D. de proc. (3. 3), l. 3 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 1 C. quib. res jud. non noc. (7. 56). Becker, processſ. Consumt. S. 157.

contestatio zwar gegen den procurator einer neuen — wenn auch gegen den procurator in rem alienam wegen des sofort durch fingirte Cession zu Gunsten des dominus verloren gegangenen Inhalts nur einer ope exceptionis unwirksamen [2]) — Schuld unterworfen, aber nicht von der alten Schuld gegen den dominus befreiet werden [3]). Der Beklagte hat daher ein begründetes Interesse, und zwar gegenüber dem procurator in rem suam noch mehr, als gegenüber dem procurator in rem alienam, die litiscontestatio des procurator nicht ohne die Zustimmung des dominus vor sich gehen zu lassen. Er kann zu dem Ende durch eine dilatorische procuratoria exceptio [4]) oder — vielleicht richtiger — praescriptio [5]) verlangen, daß der procurator vor allem anderen [6]) nicht bloß den Empfang eines Klagauftrags nachweise [7]), sondern auch — soweit dieser Beweis nicht zugleich er-

---

[2]) Daher heißt es l. 24 C. de proc. (2. 13) . . . si tamen falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent, nec potest esse judicium. Consult. vet ICti c. 3. . . . illud judicium dici non potest . . . (procurator falsus) vanas actiones intendat . . . judicium stare non posse . . . cadere judicia, quae sine procuratoris satisdatione fuerint omnino prolata. cf. c. 1, c. 4 X. de procur. (1. 38). — — [3]) l. 25 §. 2 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 27 pr. D. de proc. (3. 3), l. 39 D. de neg. gest. (3. 5), l. 5 §. 4 D. praescr. verb. (19. 5), l. 10, l. 24 C. de proc. (2. 13). Cons. vet. ICti c. 3. l. 4 C. de novat. (8. 42). — — [4]) l. 48, l. 62, l. 78 §. 1 D. de proc. (3. 3), l. 23 D. rat. rem hab. (46. 8) , l. 20 C. de neg. gest. (2. 19), Theophil. III, 18 §. 4. Cons. vet. ICti c. 3 in Verbindung mit l. 2 §. 4, l. 3 D. de exc. (44. 1). cf. l. 2 C. de eo, qui pro tut. (5. 45). — — [5]) Symmach. epist. X, 39. Bethmann-Hollweg, Proc. Bd. 1, S. 406. — — [6]) Consult. Vet. ICti c. 5. 6. fr. Vat. §. 112. Interpr. Visig. ad l. 3 C. Th. de cognit. (2. 12) . . . firmitas personarum . . . cum primum ad judicem causa fuerit intromissa. Wieding, Justinian. Libellproc. S. 238 ff. — — [7]) Gaj. IV, 84. l. 6 §. 12, l. 7, l. 8 pr., l. 31 §. 6, l. 39 D. de neg. gest. (3. 5), l. 5 §. 4 D. praescr. verb. (19. 5). cf. Durant. specul. jur. I, 2 tit. de actore n. 72—74. . . . quis agit aut nomine suo aut alieno. . . . Si alieno nomine quis agat, tunc ante omnia docere debet de mandato et se legitime constitutum esse, ut in tutore, curatore, syndico, oeconomo, procuratore et similibus personis supra probavi. Ibid. II, 2 tit. de instrum. edit. §. 5 n. 4. Sed quid: ecce T. cedit mihi jus et actiones, quas habet contra P. Convenio ipsum P. ipse vero ante litiscontestationem petit copiam instrumenti cessionis? . . . dic: quod si ago meo nomine, scilicet utili actione, tunc non cogor exhibere ante litiscontestationem; secus si ago directa, scilicet nomine cedentis: quia tunc idem juris est, quod in procuratore, tutore et similibus. et sic obtinuit arg. D. de proc. l. licet (42) et sic dom. Clemens Papa IV. visus est sentire. Bethm.-Hollw., Versuche S. 127 f. — Daß l. 19 C. de probat. (4. 29) nicht widerstreitet, geht unter anderem hervor aus Schol. zu Basil. XXII, 1 c. 53 (Heimb. II, p. 493) . . . αἱ προκουρατόριαι (sc. παραγραφαὶ) κατ' ἀρχὰς προτίθενται καὶ γυμνάζονται. . . . procuratoriae (sc. exceptiones) initio proponuntur et exercentur. cf. c. 4 X. de procur. (1. 38).

neuerte Angriffe des dominus ausschließt — für die Genehmigung des dominus Sicherheit stelle [8]) oder — wie die Neueren zu sagen pflegen — sich gehörig „zum Proceß legitimire." Ohne die Erfüllung dieses Verlangens darf der Beklagte die Einlassung verweigern [9]) und der Prätor selbst von Amtswegen den Fortschritt des Processes hemmen [10]), so daß die Proceßlegitimation sowohl für den procurator in rem suam, wie für den procurator in rem alienam die unerläßliche Vorbedingung der processualischen Delegation bildet.

Der procurator in rem alienam hat an der processualischen Delegation kein eigenes Interesse, weil er durch dieselbe bloß formell eigne Rechte erwerben will; anders verhält sich dieses beim procurator in rem suam, dem die aus der litiscontestatio entspringenden Rechte auch materiell zu Gute kommen sollen. Daher hat zwar nicht der procurator in rem alienam, wohl aber der procurator in rem suam zugleich ein begründetes Interesse, die Zustimmung des dominus als Vorbedingung der durch die litiscontestatio zu erwerbenden Rechte sich sicher stellen zu lassen. Aus diesem Grunde schreiben die Gesetze dem procurator in rem suam in der That neben der Pflicht, dem Beklagten satisdatio, ratam rem dominum habiturum, zu leisten, das Recht zu, vom dominus eine gleiche satisdatio, ratam rem dominum habiturum, zu fordern.

Alles dieses soll nun, was den procurator in rem suam betrifft, näher dargethan werden.

Daß

I. in Form wirklichen Auftrags oder wirklicher Genehmigung die Zustimmung des Cedenten zu der vom procurator in rem suam behuf processualischer Delegation zu vollziehenden beziehungsweise vollzogenen litiscontestatio erfordert werde,

und deshalb auch ein wirklicher Auftrag dem leugnenden Beklagten gegenüber vom procurator in rem suam zu erweisen sei, erhellt nicht bloß aus den allgemeinen Aussprüchen des Gajus [11]) und Paulus [12]), wonach dasjenige, was Jemandem geschuldet wird, kein Anderer ohne

---

[8]) l. 40 §. 3 D. de procur. (3. 3). Consult. vet. ICti c. 3. Gaj. IV, 84. Symmach. epist. X, 39. Theophil. III, 18 §. 4. Schol. Enantioph. zu Basil. VIII, 2 c. 40 §. 3 (Heimb. I, p. 380). — — [9]) Consult. vet. ICti c. 3. l. 24 C. de procur. (2. 13). Pauli sent. rec. I, 4 §. 5. 6. . . Si satis non det procurator absentis, actio ei absentis nomine non datur. — — [10]) Consult. Vet. ICti c. 3. l. 24 C. de procur. (2. 13), l. 13 §. 2 D. de O. N. N. (39. 1), Theophil. III, 18 §. 4 fin. — — [11]) l. 39 D. de neg. gest. (3. 5). — — [12]) l. 5 §. 4 D. praescr. verb. (19. 5).

dessen Willen gültig einfordern kann, oder Niemand ohne Mandat in fremdem Namen Geld einzuklagen im Stande ist, sondern noch specieller aus folgenden Rescripten:

Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. et C. C. Zosimo [13]). In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus ejus debitores creditor experiri potest: suo autem nomine utili actione recte utetur. — Dat. Cal. Ian. C. C. Coss. — 294.

Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. et C. C. Justino [14]). Ex legato nominis actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur. — Dat. 6 Idib. Decembr. C. C. Coss. — 294.

Beide von denselben Kaisern in demselben Jahre erlassene Rescripte bezeugen, daß zwar unter Umständen ein fingirtes mandatum agendi ausreicht, um mit der utilis actio im eignen Namen zu klagen, daß aber stets ein wirkliches mandatum agendi erfordert wird, damit der Cessionar aus der Person des Cedenten oder — wie der gleiche Gegensatz im zweiten Rescripte ausgedrückt ist — direct klagen, d. h. den obigen Aussprüchen des Gajus und Paulus zufolge direct im Namen des Cedenten die intentio begründen könne [15]).

Aus diesem nicht minder durch andere Stellen des Corpus juris [16]), durch die Basilikenscholien [17]) und Theophilus [18]) bestätigten Satze folgt von selbst, daß das mandatum agendi zur Zeit der litiscontestatio fortbestanden haben muß. Zum Ueberfluß bekunden aber auch die Rechtsquellen auf das bestimmteste, daß vor der litiscontestatio des Cessionars sowohl der Tod und Widerruf des Cedenten, als der Tod des Cessionars den Cessionar, beziehungs-

---

[13]) l. 5 C. quando fisc. vel priv. (4. 15). S. Th. I, S. 205 zu not. 76. — Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21) . . . *ὅτι ὁ λαβὼν ἀπό τινος γραμματεῖον ἄλλου ὑπὲρ ὧν χρεωστεῖται, οὐ δύναται κινεῖν ἀγωγήν, εἰ μὴ μόνον οὐτιλίαν, εἰ μὴ ἄρα καὶ ἐκχωρηθῇ.* Eum, qui nomen debitoris sui in solutum acceperit, actionem duntaxat utilem posse intendere, nisi mandata ei sit actio. — — [14]) l. 18 C. de legat. (6. 37). S. Th. I, S. 216. — — [15]) Gekünstelte Erklärungen obiger Stellen bei Mühlenbruch, Cess. §. 16 S. 183 ff. — — [16]) l. 11 C. de fidej. (8. 41), l. 1 fin. C. de magistr. conven. (5. 75), l. 4 C. si cert. pet. (4. 2). — — [17]) Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (s. Not. 13), Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 6 (Heimb. III, p. 21 sq.). — — [18]) Theophil. II, 23 §. 3. *Ὁμολογεῖς . . . . ἐκχωρεῖν μοι τὰς ἀγωγάς; ὥστε δυνηθῆναί με* procuratorio nomine *κινεῖν ταύτας.*

weise dessen Erben außer Stand setzt, direct im Namen des Cedenten zu klagen.

Daß nämlich

1. Der Tod des Mandanten,

welcher vor Ausführung des aufgetragenen Geschäfts (re integra) jedes Mandat[19]) und namentlich auch beim procurator in rem alienam das mandatum agendi aufhebt[20]), beim procurator in rem suam dieselbe Wirkung äußert, zeigen besonders zwei Rescripte, deren ursprünglicher Text in mancher Hinsicht vom Codex weniger treu als von den Basiliken aufbewahrt ist und deshalb in beiden Versionen neben einander gestellt werden soll.

1. Imp. Gordianus A. Valeriae[21]). Data certae pecuniae quantitate ei, cujus meministi, in vicem debiti, actionem tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatam: et antequam eo nomine litem contestarereris, sine herede creditorem munus implevisse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit. — P. P. 5 Cal. Maj. Attico et Praetextato Coss. — 243. —

Ἐάν τις ἔδωκε νομίσματα, καὶ ἀντὶ τούτων ἀγωγὰς ἐξεχωρήθη παρά τινος ἐπὶ τῷ κινῆσαι αὐτὰς κατὰ τῶν χρεωστούντων καὶ πληρωθῆναι, συνέβη δὲ τὸν ἐντειλάμενον πρὸ προκατάρξεως τελευτῆσαι χωρὶς κληρονόμου, ὁ ἐνταλθεὶς ὡς μὲν ὁ τυχὼν προκουράτωρ ἐκείνου κινεῖν οὐ δύναται[22]).

Sehen wir einstweilen[23]) von kleinen Abweichungen zwischen dem

---

[19]) Gaj. III, 160. — §. 10 J. mand. (3. 27), l. 15 C. eod. (4. 35), l. 6 D. de jurisdict. (2. 1). Theophil. III, 26 §. 9. — l. 8 C. de O. et A. (4. 10), l. 66 §. 2 D. sol. matr. (24. 3). — — [20]) l. 23 C. de procur. (2. 13), l. 17 §. 1 D. eod. (3. 3), l. 1, l. 7 C. Th. de cognit. (2. 12). Interpret. Visig. ad. hh. ll. — Symmach. epist. X, 39 §. 4. — Schol. 3 zu Basil. XXIV, 3 c. 5. — Schol. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 12 (Heimb. III, p. 21. 24). — — [21]) l. 1 C. de O. et A. (4. 10). — cf. Cujac. obs. II, 31. — Comment. in Cod. lib. IV, tit. 10 (opp. IX, p. 239). — A. Fabr. conject. XII, 1. — Donell., comm. XV, 44 §. 17 (ed. Bucher IX, p. 464). — Mühlenbr., Cess. S. 194 ff. S. 491 not. 2. — — [22]) Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 20 sq.). Si quis pecuniam dederit et vice ejus mandatae ei sunt ab aliquo actiones, ut eas adversus debitores intenderet et ita sibi satisfaceret: mandator autem ante litem contestatatam sine herede decesserit, mandatarius agere non potest, sicut nec quilibet procurator illius. — Ueber das Folgende s. Th. II, §. 25. — — [23]) S. §. 25.

Codex und den Basiliken ab, so liegt beiden Texten folgender Fall zu Grunde:

A hat dem C credendi causa Geld gegeben und dafür an Zahlungs Statt die Forderung des C gegen B abgetreten erhalten. Die Abtretung ist durch ein mandatum agendi vollzogen und dadurch der Cessionar A in den Stand gesetzt worden, zwischen der directa actio alieno nomine und der utilis actio suo nomine zu wählen. Der Cedent B verstirbt jedoch, und zwar erblos [24]), bevor der Cessionar A die ihm abgetretene Klage durch litiscontestatio rechtshängig gemacht hat. Der Tod des Mandanten hebt hier, wie überall, den unausgeführten Auftrag auf und der erblose Tod schneidet dem Cessionar sogar das gewöhnliche Hülfsmittel ab, gegen die Nachfolger auf Erneuerung des Mandats zu klagen [25]). Die directa actio alieno nomine ist also durch den Tod des Cedenten für den Cessionar aus dem doppelten Grunde unthunlich geworden, weil das Mandat aufgehört hat und die Anordnung eines judicium für einen Verstorbenen nichtig ist [26]). Wissen wir doch aus einer Basilikenscholie auf das Entschiedenste, daß der von Thaleläus im Werke: *τὸ κατὰ πόδας* in ursprünglicher Reinheit überlieferte Text eines Rescripts der Kaiser Diocletian und Maximian vom Jahre 293 [27]) zum directe agere alieno nomine ausdrücklich das Fortleben des Cedenten voraussetzt [28]) und daß mit Beziehung darauf der Scholiast Patricius dem procurator in rem suam nach dem Tode des Cedenten die aus dessen Person anzustellende Klage abspricht [29]).

Es erklärt sich also, was die Basiliken in dem oben abgedruckten Bruchstücke meinen, wenn sie nach dem vor der litiscontestatio erfolgten Tode des Cedenten dem Cessionar versagen, wie der Procurator des Cedenten, mit anderen Worten, procuratorio nomine zu klagen [30]). Im Gegensatze der gleich darauf erwähnten utilis actio suo nomine ist es eben das directe agere alieno nomine, dessen Statthaftigkeit von den Basiliken sowohl als von dem den Cessionar gleichfalls auf die utilis actio verweisenden Codex verneint

---

[24]) l. 57 pr. D. de evict. (21. 2), l. 7 §. 1 C. ad SCt. Trebell. (6. 49). — — [25]) Schol. 3 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). cf. l. 11, l. 26 D. de fidejuss. (46. 1), l. 1 §. 14 D. depos. (16. 3), l. 95 §. 1 fin. D. de solut. (46. 3). — — [26]) l. 2 §. 1 D. quae sent. (49. 8), l. 74 §. 2 D. de judic. (5. 1), l. 59 §. 3 D. de re jud. (42. 1). Vergl. indeß l. 30 pr. D. de fideic. libert. (40. 5). Wetzel, System, 2. Aufl. S. 33 not. 1. — — [27]) l. 6 C. de O. et A. (4. 10). Basil. XXIV, 3 c. 10 (Heimb. III. p. 23). — S. Th. I, S. 27 ff. — — [28]) Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 10 (Heimb. III, p. 23). S. Th. I, S. 29. — — [29]) S. not. 28. — — [30]) cf. Schol. 7 zu Basil. XXIX, 5 c. 40 (Heimb. III, p. 484).

wird, und zwar, wie die Basilikenscholien bestätigen[31]), nicht bloß deshalb verneint wird, weil der Cedent erblos verstorben ist, sondern schon deshalb, weil er überhaupt vor der litiscontestatio des Cessionars zu leben aufgehört hat.

2. Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. et C. C. Crescentio[32]). Si quidem donationis causa ei, quem affectione patris te dilexisse proponis, tuam accipere pecuniam permisisti, et hanc tuam liberalitatem ille remunerans te a procuratore suo aliam pecuniam sumere praecepit, rebusque humanis ante perceptionem fuit exemtus: nec quod dederas recuperare, cum perfectam habuit donationem; nec quod tibi dari mandavit, necdum tibi traditum, petere potes a procuratore. Quod si mutuo dedisti, nec a delegato dari novandi causa stipulatus es, successores ejus solutioni parere compellantur. — Dat. 13 cal. Febr. C. C. Coss. — 294. —

Εἰ μὲν ὡς δωρούμενός τινι δέδωκας αὐτῷ πρᾶγμα, ὁ δὲ ἀντιδωρούμενος ἐνετείλατό σοι λαβεῖν τινα ἐκ τοῦ προκουράτωρος αὐτοῦ, καὶ ἐτελεύτησεν, ὡς τῆς ἐντολῆς λυθείσης οὐδεμίαν ἔχεις κατὰ τοῦ φροντιστοῦ αὐτοῦ ἀγωγήν. ἐὰν δὲ ὡς ἐπὶ δανείῳ δέδωκας, κἀκεῖνος ἀντὶ καταβολῆς ἐπέτρεψέ σοι ἀπαιτῆσαι τὸν φροντιστὴν αὐτοῦ, οὐκ ἐπηρώτησας δὲ τὸν πρωκουράτωρα, οὐδὲ μετέθηκας εἰς αὐτὸν τὸ χρέος, κατὰ τῶν κληρονόμων αὐτοῦ τοῦ πρωτοτύπου δύνασαι κινεῖν[33]).

Sowohl der Codex als die Basiliken lassen ersehen, daß Crescentius, welcher einem mit väterlicher Zuneigung geliebten Dritten durch seinen Geschäftsführer Geld geben ließ, dafür von dem Dritten eine

---

31) Schol. 3 zu Basil. XXIV, 3 c. 5. — Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 10 (Heimb. III, p. 21. 23). — — 32) l. 8 C. de O. et A. (4. 10). — cf. v. Meyerfeldt, Schenk. Th. 1, S. 270. — v. Savigny, Syst. Bd. 4, S. 152 not. n. — Cujac. in comm. ad Cod. (opp. IX, p. 245). — — 33) Basil. XXIV, 3 c. 12 (Heimb. III, p. 23). Si quidem quasi donaturus alicui rem ei dederis, ille vero remunerans te a procuratore suo quaedam sumere mandaverit et decesserit, quia mandatum solutum est, nullam habes adversus procuratorem ejus actionem. Quod si ex causa mutui dedisti, isque vice solutionis tibi permisit, ut a procuratore ejus exigeres, nec tu a procuratore stipulatus es, nec debitum in eum novasti, adversus heredes principalis agere potes.

gleiche Geldsumme auf dessen Geschäftsführer angewiesen erhalten hat, daß aber der Dritte verstorben ist, bevor Crescentius die Anweisung realisirte.

Crescentius fragt nun bei den Kaisern an, ob und wie er bei dieser Sachlage zu seinem Gelde gelangen könne.

Die Kaiser haben durch die Anfrage nicht erfahren, ob Crescentius sein Geld dem Dritten als Schenkung oder als Darlehen habe reichen lassen, und ob demgemäß die Gegenanweisung des Dritten als donatio remuneratoria oder als datio in solutum betrachtet werden müsse. Sie berücksichtigen deshalb in der Antwort beide Alternativen.

Da nun die sonst gewiß nicht gebrauchten Wendungen im Codex: nec petere potes a procuratore, in den Basiliken erst: *οὐδεμίαν ἔχεις κατὰ τοῦ φροντιστοῦ αὐτοῦ ἀγωγήν*, ferner *κἀκεῖνος ἀντὶ καταβολῆς ἐπέτρεψέ σοι ἀπαιτῆσαι τὸν φροντιστὴν αὐτοῦ*, endlich: *οὐδὲ μετέθηκας εἰς αὐτὸν τὸ χρέος* darauf schließen lassen, daß die Gegenanweisung des Dritten nach dem ursprünglichen Texte des Rescripts ein mandatum actionis war, welches den Crescentius zum procurator in rem suam bestellte; da ferner dieser Schluß durch die Basilikenscholie bestätigt wird [34]), welche als Voraussetzung des Rescripts hinstellt, daß der Dritte entweder dem Crescentius überhaupt kein nomen gegeben, keine Klagen cedirt habe, oder, obgleich er die Klagen cedirt habe, vor der litiscontestatio (re integra) verstorben sei; da endlich die vorauszusetzende Vollständigkeit und Symmetrie der auf beide Alternativen gegebenen Antwort vermuthen läßt, daß auch hinsichtlich der zweiten Alternative außer dem Klagerechte gegen die Erben des Cedenten das Klagerecht gegen den debitor cessus berücksichtigt worden sei: so werden die Kaiser ursprünglich rescribirt haben:

„Wiefern Crescentius als früherer Schenker, um remuneratorisch beschenkt zu werden, zum procurator in rem suam bestellt worden sei, habe er nach dem vor der litiscontestatio erfolgten Tode des Cedenten ein Klagerecht weder gegen die Erben des Cedenten, noch gegen den debitor cessus; wiefern dagegen Crescentius als früherer Darleiher zum Zweck einer datio in solutum den Auftrag, als procurator in rem suam aufzutreten, erhalten und weder durch Stipulation noch durch Litiscontestation die Schuld auf den überwiesenen debitor übertragen habe: sei er berechtigt, sowohl gegen die Erben des Cedenten als gegen den debitor cessus zu klagen."

---

34) Schol. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 12 (Heimb. III, p. 24).

Die nahe liegenden Gründe dieser Entscheidung erklären zugleich, warum die Compilatoren den ursprünglichen Inhalt des Rescripts in den jetzigen Wortlaut verwandelt haben.

Die durch ein mandatum actionis eingeleitete donatio remuneratoria gewährte dem Beschenkten vor Justinian nur das directe agere alieno nomine gegen den debitor cessus, welches durch den vor der litiscontestatio erfolgten Tod des Schenkers unmöglich geworden war. Da nun Crescentius ebensowenig aus dem remuneratorischen Schenkungsversprechen auf Erfüllung oder aus seiner eigenen Schenkung auf Rückgabe des perfect Geschenkten einen Anspruch hatte, so vermochte er nach dem Ableben des Dritten überhaupt weder gegen dessen Erben, noch gegen dessen Procurator irgendwie zu klagen. Anders stand es, wenn es sich um die Hingabe einer Forderung an Zahlungs Statt handeln sollte. Die durch ein mandatum actionis eingeleitete datio in solutum berechtigte den Crescentius, gegen den debitor cessus nicht bloß die directa actio alieno nomine, welche durch den re integra erfolgten Tod des Cedenten dem Cessionar entging, sondern auch die utilis actio suo nomine zu erheben, welche dem Tode des Cedenten trotzte. Da Crescentius überdies bei der Unwirksamkeit der datio in solutum berechtigt blieb, aus dem alten Darlehn die condictio anzustellen [35]): so vermochte derselbe unter der Voraussetzung, daß er weder durch stipulatio noch durch litiscontestatio mit Befreiung des Cedenten den Cessus zu seinem Schuldner gemacht hatte (*οὐδὲ μετέθηκας εἰς αὐτὸν τὸ χρέος*), sowohl die Erben des Dritten auf Bezahlung des mutuum, als den Cessus durch die utilis actio suo nomine auf Abführung der cedirten Forderung zu belangen.

Nachdem aber Justinian theils dem donationis causa bestellten procurator in rem suam auch eine utilis actio suo nomine gegen den Cessus [36]), theils jedem Beschenkten aus dem einfachen Schenkungsversprechen eine Klage auf Erfüllung gegen den Schenker eingeräumt hatte [37]), so paßte die Entscheidung der ersten Alternative nur noch insofern, als der Tod des Dritten dem Crescentius kein Recht geben konnte, seine eigene perfecte Schenkung zurückzufordern. In den übrigen Beziehungen bedurfte es rücksichtlich der ersten Alternative einer Veränderung, welche die Compilatoren dahin ausführten, daß sie die Frage nach der condictio ex lege auf Erfüllung des Schenkungsver-

---

35) l. 46, l. 98 pr. §. 1 D. de solut. (46. 3), l. 8 C. de sent. et interloc. (7. 45), l. 71 D. de V. S. (50. 16), l. 51 D. de reg. jur. (50. 17), l. 23 D. de pigner. act. (13. 7). — — 36) l. 33 C. de donat. (8. 54). S. Th. I, S. 24 ff. — — 37) l. 35 §. 5 C. de donat. (8. 54).

sprechens unberührt ließen oder — wie die Basilikenscholie[38]) annimmt — wegen des vorauszusetzenden Mangels eines ausreichenden Schenkungsversprechens verneinten, aus dem mandatum agendi aber ein mandatum accipiendi, aus der Cession eine Assignation machten[39]). Diese Neuerung nöthigte dann auch zur Veränderung der auf die zweite Alternative bezüglichen Entscheidung; denn die Assignation, in welche das frühere mandatum agendi verwandelt war, konnte weder als Zahlung gelten, noch ein Klagerecht gegen den Assignatus hervorbringen. Es mußte also die Erwähnung der utilis actio suo nomine gegen den Cessus gestrichen und die condictio ex mutuo gegen die Erben des Assignanten als allein übrige Klage bezeichnet werden.

Ist diese Vermuthung über die Entstehung des jetzigen Textes richtig, so liefert der ursprüngliche Inhalt des Rescripts einen neuen Beweis, daß der vor der litiscontestatio eingetretene Tod des Cedenten die directa actio alieno nomine dem Cessionar entzog und überhaupt, so lange dem ex causa donationis bestellten procurator in rem suam utiles actiones suo nomine fehlten, die durch ein mandatum agendi eingeleitete Schenkung einer Forderung perfect zu werden verhinderte.

Gleiche Wirkung, als der Tod des Cedenten, äußert dessen vor der litiscontestatio des procurator in rem suam eingetretener Bankerott[40]); denn unmöglich kann für den procurator in rem suam die Anweisung, sich durch litiscontestatio zum selbstberechtigten Inhaber eines Forderungswerths zu machen, zur Erreichung dieses Zwecks hinlangen, wenn der Anweisende inzwischen die Verfügung über den Forderungswerth verloren hat[41]).

2. Der Widerruf des Mandanten,

welcher vor Ausführung des aufgetragenen Geschäfts (re integra) gleichfalls jedes Mandat aufhebt[42]), beseitigt auch das mandatum agendi — mag dadurch ein procurator in rem alienam oder ein procurator in rem suam bestellt worden sein — sobald der Widerruf vor der litiscontestatio des Procurators ausdrücklich[43]) oder still-

---

[38]) Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 12 (Heimb. III, p. 23). — — [39]) l. 2 §. 6 D. de donat. (39. 5). — — [40]) l. 5 D. de stipul. praetor. (46. 5), l. 1, l. 2 D. de instit. act. (14. 3), l. 7 pr. D. de fundo dot. (23. 5). S. Th. I, S. 404 ff. S. 498 ff. Th. II, §. 5. — — [41]) Aehnliche Verhältnisse nach französ. Recht beim Blankoindossamente, welches der Indossatar vor dem Concurse des Indossanten auszufüllen versäumt hat. S. Liebe, A. D. W. O. S. 71. — — [42]) Gaj. III, 159. — §. 9 J. de mand. (3. 27), l. 1 §. 2 D. quod jussu (15. 4), l. 12 §. 16 D. mand. (17. 1), l. 15 D. eod. — — [43]) l. 16 D.

schweigend, z. B. durch eigene Klaganstellung des Mandanten [44]), durch spätere Ernennung eines anderen Procurator [45]) erklärt wird.

Hinsichtlich des procurator in rem suam ist diese Vereitelung des directe agere alieno nomine zuvörderst in nachstehendem mit großen Veränderungen in den Codex übergegangenem Rescripte bezeugt, wenn wir uns an dessen unverfälschten Text halten, wie ihn die Basiliken überliefern.

Impp. Diocletian. et Maxim. A. A. et C. C. Dominae [46]). Si actionem legati vel fideicommissi, quam adversus heredes mariti quondam habuisti, te affectione heredum aliis remisisse probetur, exceptionem pacti contra debitores instituenti actiones nocere tibi minime posse intelligis. — P. P. 18 cal. Januar. Sirmii C. C. 3. Coss. — 300. —

Ἀνὴρ διαθέμενος ληγάτον ἢ φιδεικόμμισσον καταλέλοιπε τῇ ἰδίᾳ γαμετῇ. ἀλλ' αὐτὴ ἔχουσα κατὰ τῶν κληρονόμων τοῦ ἀνδρὸς τὴν ἐνοχὴν ἐῤῥωμένην, καὶ βουλομένη τοῖς κληρονόμοις παραχωρῆσαι τὴν ἀπαίτησιν πρὸς ἀλλήλους [47]) τινάς, συνεφώνησε λέγουσα· παραχωρῶ ὑμῖν τὴν ἁρμόζουσάν μοι ἀγωγὴν κατὰ τῶν κληρονόμων τοῦ ἐμοῦ ἀνδρός· μετὰ ταῦτα δὲ μεταμεληθεῖσα ἐκίνει κατὰ τῶν κληρονόμων τοῦ ἀνδρός περὶ τούτου τοῦ ληγάτου, καὶ ἤθελον ἀντιθεῖναι αὐτῇ παραγραφήν· ἀλλ' εἰ μὴ ἄλλοις παρεχώρησας τὴν καθ' ἡμῶν ἀγωγήν· λέγει τοίνυν ἡ διάταξις κινούσῃ τῇ γυναικὶ μετὰ τῶν κληρονόμων τοῦ ἀνδρὸς ταύτῃ τῇ αγωγῇ μηδεμίαν ἀν-

de proc. (3. 3). Basil. XIV, 1 c. 65 (Heimb. II, p. 146). cf. c. 2 in VI. de procur. (1. 19). — Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 64 (Heimb. I, p. 395). — — [44]) l. 16 D. de procur. (3. 3). cf. c. 8 in VI. de procur. (1. 19). — — [45]) l. 31 §. 2 D. de procur. (3. 3), Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 31 §. 2 (Heimb. I, p. 368). — cf. c. 14 X. de procur. (1. 38). — Nicht also die nach einander, sondern nur die gleichzeitig (simul) geschehene Bestellung mehrerer Procuratoren in solidum befähigt ohne Weiteres einen Jeden derselben, durch frühere Vollziehung der litiscontestatio mit Ausschluß der Anderen alleiniger Inhaber der ganzen obligatio judicii zu werden. l. 32 D. de procur. (3. 3), c. 6 in VI. eod. (1. 19). — A. M. ist ohne Grund Bähr a. a. O. S. 376. — — [46]) l. 24 C. de pact. (2. 3). — v. Meyerfeldt, Schenkung Th. 1, S. 201. — — [47]) Diese allein richtige und durch die Scholien bestätigte Leseart des Cod. Coisl. hat Fabrot und nach ihm Heimbach verändert in: ἄλλους τινάς.

τικεῖσθαι σύμφωνον παραγραφήν [48]).

Nach dem Codex hat Domina die aus einem Legat oder Fideicommiß ihres Ehemannes erworbenen Ansprüche den Erben erlassen wollen, aber sich in den Personen geirrt und den Erlaß Anderen (aliis) zugewendet. Sie wird hierauf nach erkanntem Irrthume und eingetretener Sinnesänderung gegen die wahren Erben und wahren Schuldner klagbar und lehnt die exceptio pacti remissorii mit der Entgegnung ab, daß sie ihnen nichts erlassen habe.

Aus den Basiliken ergiebt sich aber, daß der ursprüngliche Inhalt des Rescripts folgender gewesen ist:

Der Mann hat seiner Frau (domina) [49]) im Testamente ein Legat oder Fideicommiß hinterlassen, welches diese gegen die Erben einklagen kann. Sie will den Erben die Schuld schenken und schließt deshalb mit denselben einen Vertrag, wodurch sie einem Jeden den ihr gegen den Anderen zustehenden Antheil der Forderung abtritt. Nachher bereuet sie die Schenkung und erhebt der Cession ungeachtet die Klage aus dem Vermächtniß gegen die Erben. Diese wenden ein Jeder in Betreff seines Schuldantheils ein, daß die Klage dem Miterben cedirt sei; allein die Kaiser erklären die geschehene Cession für wirkungslos.

Die Gründe dieser Entscheidung liegen auf der Hand. Die Ehefrau hatte eine Schenkung durch formlosen Schulderlaß bezweckt [50]). Sofern aber eine solche donatio an personae non exceptae geschah, war sie bis zum Tode der Schenkerin [51]) imperfecta [52]) und die schenkweise erlassene actio gegen die exceptio pacti durch replicatio

---

[48]) Basil. XI, 1 c. 85 (Heimb. I, p. 660 sq.). Maritus testamento legatum vel fideicommissum uxori suae reliquit. Verum cum ipsa adversus heredes efficacem actionem haberet, petitionem heredibus alteri adversus alterum cedere vellet (Heimb. übersetzt der unrichtigen Lesart folgend und überdies unrichtig: petitionem heredibus remittere vellet, cum aliis quibusdam) pactum fecit his verbis: Cedo vobis actionem, quae mihi adversus heredes mariti mei competit. Postea vero poenitentia ducta adversus mariti heredes de hoc legato egit, qui exceptionem ei opponere volebant: at si non aliis actionem adversus nos competentem cesseris. Ait igitur constitutio: exceptionem pacti mulieri contra heredes mariti hanc actionem instituenti non objici. — — [49]) Daß domina auch als Ehrentitel verheiratheter Frauen beigelegt wurde, lehrt Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms Th. I, S. 255. 276. — — [50]) l. 28 §. 2 D. de pact. (2. 14), l. 1 D. de transact. (2. 15), Paul. sent. rec. V, 1 §. 5 — l. 25, l. 34 C. de transact. (2. 4). — v. Savigny, Syst. Bd. 4, S. 128 not. e. — — [51]) l. 18 §. 2 D. de donat. m. c. (39. 6). Schol. 1 zu Basil. XLVII, 3 c. 18 §. 2 (Heimb. IV, p. 682). — — [52]) Schilling, Institt. Th. 3, §. 257 not. mm.

legis Cinciae oder in factum aufrecht zu halten[53]), wie der in den Codex aufgenommene Theil des Rescripts, welcher sich auf diesen Thatbestand beschränkt, richtig anerkennt, wenn man von den Interpolationen absieht, die er im Sinne des Justinianeischen Rechts erlitten hat.

Um die Schenknehmer gegen die Gefahr der replicatio legis Cinciae oder in factum zu sichern, hat Domina dem Erlaßvertrage ein mandatum actionis beigefügt, welches einen Jeden der Erben ermächtigt, den der Domina gegen den Anderen zustehenden Theil der Forderung als procurator in rem suam direct alieno nomine geltend zu machen. Dadurch ist beiden Cessionaren die Gelegenheit dargeboten, durch die gegen einander zu erwirkende litiscontestatio die donatio zur Perfection zu fördern und Einer den Anderen in den Stand zu setzen, die spätere Klage der Domina durch exceptio rei in judicium deductae oder exceptio rei judicatae auszuschließen[54]).

Die procuratores in rem suam haben aber versäumt, dieses Sicherungsmittel zur Anwendung zu bringen, und insofern der Domina Raum gelassen, das ertheilte Mandat zurückzuziehen[55]). Als Domina diese Gelegenheit benutzt und das Mandat durch eigene Anstellung der Klage stillschweigend widerruft, versuchen sie zwar ein Jeder geltend zu machen, daß das Forderungsrecht dem Anderen abgetreten sei; allein diese Einrede wird verworfen, weil die Kaiser mit Papinian annahmen[56]): si — Domina — nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit.

Das directe agere alieno nomine, auf welches der zum procurator in rem suam bestellte Schenknehmer einer Forderung nach

---

53) l. 1 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). — Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 4, S. 44. — v. Savigny, Syst. Bd. 4, S. 198 not. g. — — 54) cf. Schol. 2 des Nicäus zu Basil. XI, 1 c. 85 (Heimb. I, p. 661) . . . *ἀλλ' ὑπόθου μὴ προκαταρχθῆναι τὴν ἐκχωρηθεῖσαν ἀγωγὴν κατὰ τῶν κληρονόμων, ἥτις προκάταρξις ἀεὶ παράδοσίς ἐστιν ἐπὶ τῶν ἀσωμάτων, ὥσπερ καὶ νοβατίων.* — Sed finge, hoc loco actionis cessae nomine litem adversus heredes contestatam non esse; quae litiscontestatio in incorporalibus traditionis loco est, ut et novatio. — — 55) cf. Schol. 2 des Nicäus a. a. O. — *οὐκ ὤφειλεν εἰπεῖν, ὅτι οὐκ ἐρρῶται, ἀλλ' ὅτι ἐπεὶ μὴ ἔφθασε γενέσθαι προκάταρξιν ἤγουν νοβατίων δεσπότης μένει ἀγωγῆς ὁ δωρησάμενος καὶ δύναται κινεῖν ἐκ μεταμελείας.* — Nec dici debebat, donationem non valere, sed quia litiscontestatio sive novatio antea facta non sit, donatorem dominum actionis manere et ex poenitentia agere posse. — cf. Theodorus in Schol. 2 a. a. O. — — 56) fr. Vat. §. 263. — S. Th. II, S. 7.

Vorjustinianeischem Rechte beschränkt ist, wird also durch den Widerruf des Cedenten beseitigt [57]).

Daß durch den Widerruf dieselbe Wirkung auch dann hervorgebracht wird, wenn das ertheilte mandatum agendi zugleich eine utilis actio suo nomine auf den Cessionar übertragen hat, zeigt folgendes Rescript:

Impp. Severus et Antonin. A. A. Germano [58]).

Si pater tuus tibi sui juris constituto actionem adversus debitores suos mandavit: potuit et ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud judicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.

Das vom Vater seinem gewaltfreien Sohne ertheilte mandatum agendi gewährt demselben nach Justinianeischem Rechte unter allen Umständen, nach Vorjustinianeischem Rechte wenigstens sofern keine Schenkung vorliegt, das Recht, sowohl direct im Namen des Cedenten, als utiliter im eigenen Namen zu klagen. Nichtsdestoweniger soll der anwesende [59]) Cedent in Person gegen die cedirten Schuldner klagen können, so lange noch res integra ist, d. h. in Beziehung auf die vom Cessionar direct im Namen des Cedenten zu erhebende Klage, so lange noch nicht lis contestirt ist [60]), obgleich in Beziehung auf die vom Cessionar im eigenen Namen anzustellende utilis actio andere Vorkommnisse darunter zu verstehen sind. Deutlicher sagt nämlich ein Rescript des Kaisers Gordian vom Jahre 240 [61]), der Cedent sei trotz des ertheilten mandatum agendi nicht behindert, das schuldige Geld vom debitor cessus einzufordern und auf diese Weise die Einforderung des Cessionars zu vereiteln, so lange der Cessionar nicht litem contestirt oder einen Theil der Schuldzahlung angenommen oder dem Schuldner denunciirt habe, wobei bestimmt — wie sich weiter unten zeigen wird — die litiscontestatio auf die Eventualität des directe agere alieno nomine, die Annahme der Stückzahlung und die Denunciation auf die Eventualität des utiliter agere suo nomine bezogen ist. Das Rescript der Kaiser Sever und Antonin begreift also unter dem gemeinsamen Ausdrucke: re integra alle diese nach Verschiedenheit der vorausgesetzten Eventualitäten verschiedenen Vorkommnisse, ohne dadurch dem bisher gelieferten Beweise, daß hinsichtlich der

---

57) cf. l. 3 C. de donat. (8. 54) . . plena intercedente donatoris voluntate. — — 58) l. 3 C. mand. (4. 35). — S. Th. II, §. 21. — — 59) ipse praesens cf. l. 40 §. 2 D. de procur. (3. 3) . . . vel ipse praesens causam suam egisset. — — 60) cf. Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 5. Schol. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 12 (Heimb. III, p. 21. 24). Auch not. 54. 55. — — 61) l. 3 C. de novat. (8. 42). S. Th. II, §. 21.

vom Cessionar direct im Namen des Cedenten anzustellenden Klage erst die litiscontestatio das Eigenthum der Forderung vom Cedenten auf den Cessionar übertrage, irgendwie zu widersprechen. Vielleicht ist sogar das Rescript ursprünglich auf den Fall einer dem emancipirten Sohne durch Belassung des Peculium gemachten Schenkung [62]), welche dem Sohne nur direct im Namen des Vaters zu klagen erlaubte, bezogen gewesen und der Ausdruck: re integra erst nach Tilgung dieser Beziehung von Tribonian an die Stelle der ursprünglichen Worte: ante litiscontestationem gesetzt worden. Wenigstens würde sich dadurch am leichtesten erklären, wie die Basiliken dazu kommen konnten, den Inhalt des Rescripts dahin wiederzugeben [63]):

Δύναται ὁ ἐντειλάμενός τινι κινῆσαι ἀγωγην πρὸ κατάρξεως τὴν ἐντολὴν ἀνακαλέσασθαι, καὶ δἰ ἑαυτοῦ τὸν χρεώστην μεθοδεῦσαι.

Möglicher Weise ist nämlich die Interpolation, welche durch die von Justinian dem donationis titulo bestellten procurator in rem suam verliehene utilis actio suo nomine nöthig gemacht wurde, in beiden Texten dadurch hergestellt, daß man übereinstimmend die Erwähnung einer Schenkung wegließ, dagegen abweichend im Codex die Bestellung eines procurator in rem suam beibehielt und den Ausdruck: ante litiscontestationem mit dem Ausdrucke: re integra vertauschte [64]), in den Basiliken dagegen die Bestellung eines procurator in rem suam mit der Bestellung eines procurator in rem alienam vertauschte und den Ausdruck: ante litiscontestationem beibehielt.

Sei dem indeß, wie ihm wolle, immer wird wenigstens für das Justinianeische Recht durch das Rescript der beiden Kaiser Sever und Antonin im Einklange mit dem Rescripte Gordians dargethan, daß vor der vom Cessionar vollzogenen litiscontestatio der Cedent befugt ist, das ertheilte mandatum agendi, mag dasselbe bloß zum directe agere alieno nomine, oder auch zum utiliter agere suo nomine berechtigen, durch eigene Klageerhebung stillschweigend zurückzunehmen und auf diese Weise das directe agere alieno nomine dem Cessio-

---

[62]) l. 31 §. 2 D. de donat. (39. 5), fr. Vat. §§. 255. 260. 263. — Petri except. I, 7. — l. 17 C. de donat. (8. 54), l. 6 C. de emancip. (8. 49), l. 9 C. de bon. proscr. (9. 49), l. un. C. de peculio ejus, qui (7. 23), l. 3 fin. D. s. ingen. (40. 14) . . v. Meyerfeldt, Schenk. Th. 1, S. 334 f. — — [63]) Basil. XIV, 1 c. 65 (Heimb. II, p. 146). — Qui alicui actionem instituendam mandaverat, ante litem contestatam mandatum revocare potest, et per se cum debitore experiri. — — [64]) cf. Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 97 (Heimb. I, p. 415).

nar zu vereiteln, ohne daß der Cessionar anzufechten vermag, was der Cedent in Verfolgung des cedirten Klagerechts vor Gericht verhandelt hat.

Dem entspricht denn auch endlich, daß Ulpian im 65. Buche zum Edict den Vorrang des procurator in rem suam vor dem Cedenten bei der Proceßerhebung und Geldannahme von der dem Ersteren zustehenden utilis actio suo nomine herleitet, ohne im Geringsten zu bezweifeln, daß das directe agere alieno nomine durch die stillschweigende Mandatszurücknahme, welche in dem Versuche des Cedenten zu eigener Proceßführung und Zahlungseinhebung liegt, dem procurator in rem suam benommen sei[65].

3. Der Tod des Mandatars

hebt vor Ausführung des aufgetragenen Geschäfts (re integra) jedes Mandat auf[66]) und so auch das mandatum agendi, mag durch dasselbe ein procurator in rem alienam[67]) oder ein procurator in rem suam ernannt worden sein. Daß demgemäß die Befugniß, direct im fremden Namen zu klagen, auf die Erben des vor der litiscontestatio verstorbenen procurator in rem suam nicht übergeht, erhellet aus nachstehender Constitution, welche in anderer Beziehung bereits früher[68]) besprochen ist:

Imp. Justinianus A. Mennae P. P.[69]).

Illam subtilem observationem amputamus, per quam donationis titulo cessiones actionum accipientes non aliter suis eas transmittere heredibus poterant, nisi litem ex his contestati essent vel jus contestationis divino rescripto meruissent. Nam sicut venditionis titulo cessas actiones etiam ante litiscontestationem ad heredes transmitti permittitur, simili modo et donatas ad eos transferri volumus: licet nulla contestatio facta vel petita sit. cett. — Dat. cal. Jun. Constantinop. Justin. A. P. P. 2 Coss. — 528. —

Der donationis titulo bestellte procurator in rem suam vermochte bis zu dieser Constitution nur direct im Namen des Cedenten, nicht gleich dem aus dem Titel des (hier repräsentativ für alle anderen Geschäfte genannten) Kaufs bestellten procurator in rem suam

---

[65]) l. 55 D. de procur. (3. 3). S. Th. I, S. 17. Th. II, §§. 21. 25. — — [66]) Gaj. III, 160. — §. 10 J. de mand. (3. 27), l. 27 §. 3, l. 57 D. mand. (17. 1). — — [67]) l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12), l. 7 C. Th. eod. — l. 17 §. 1 D. de proc. (3. 3), l. 23 C. J. eod. (2. 13). — — [68]) S. Th. I, S. 24 ff. 217 ff. — — [69]) l. 33 C. de donat. (8. 54). S. auch Th. II, §. 11. — Unrichtig erklärt bei Mühlenbr., Cession S. 84 f. S. 197 f.

sowohl direct im Namen des Cedenten als utiliter im eigenen Namen zu klagen, wie des Näheren bereits früher ist nachgewiesen worden [70]). Wenn nun Justinian bemerkt, daß nicht die donationis titulo, wohl aber die venditionis titulo cedirten Forderungen auf die Erben des vor der litiscontestatio verstorbenen procurator in rem suam übergingen, so kann dieses nur eine Folge des vorerwähnten Unterschieds gewesen sein. Weil der donationis titulo bestellte procurator in rem suam auf das directe agere alieno nomine beschränkt war, deshalb succedirten die Erben des Schenknehmers nicht in die donationis titulo cedirten Forderungen; weil dagegen der venditionis titulo bestellte procurator in rem suam nicht bloß direct alieno nomine, sondern auch utiliter suo nomine zu klagen befugt war, deshalb traten die Erben des Käufers wenigstens, was das utiliter agere suo nomine betrifft, in die venditionis titulo cedirten Forderungen ein.

In dem Satze: nisi litem ex his contestati essent vel jus divino rescripto meruissent beziehen sich übrigens die letzten Worte nicht etwa, wie Windscheid [71]) vermeint, auf ein kaiserliches Privilegium, welches den Cessionar ohne Litiscontestation in dieselbe rechtliche Stellung versetzte, in welche ihn die litiscontestatio bringen würde, sondern einfach auf den allgemein üblichen Rescriptsproceß, bei welchem der Kläger dem Kaiser eine Bittschrift mit vollständiger Darstellung des Sachverhältnisses übergab und darauf ein Rescript erhielt mit der Anweisung, nach welcher der Richter zu verfahren habe [72]). Dieses vom Kläger demnächst mit der Bittschrift dem Richter behuf der Ladung des Gegners zu überreichende [73]) Rescript vertrat die Stelle der litiscontestatio [74]) und bewirkte, wie diese, den Uebergang des Klagerechts auf und gegen die Erben [75]).

Dieselbe Beziehung haben die letzten Worte des entsprechenden Satzes: licet nulla litiscontestatio vel facta vel petita sit, da im Rescriptsprocesse nach gewissen Richtungen nicht bloß erst dem Rescripte, sondern schon der Erbittung desselben die der litiscontestatio eigenthümlichen Wirkungen beigelegt wurden [76]), weshalb die Basiliken

---

[70]) S. Th. I, S. 20 ff. — — [71]) Die actio des röm. Civilrechts ꝛc. S. 124. — — [72]) l. 2 C. Th. de dir. rescr. (1. 2). — Bethmann-Hollweg, Proc. I, S. 399 ff. — — [73]) l. 2 C. Th. unde vi (4. 22). Nov. 112 c. 3 pr. — l. un. §. 1 C. Th. de act. cert. temp. (4. 14). — — [74]) l. 8 C. Th. de div. rescr. (1. 2), l. 1 C. J. quando lib. princ. (1. 20). — — [75]) l. 2, l. 10 C. Th. de div. rescr. (1. 2). — — [76]) l. 8 C. Th. de div. rescr. (1. 2), l. 1 C. J. quando lib. princ. (1. 20). Wieding, Justinian. Libellproc. S. 377 f.

die im vorigen Satze erwähnten Worte übersetzen: *κἂν προκάταρξις μὴ γένηται ἤγουν ἀντιγραφὴ αἰτηθῇ* [77]).

Beide auf den Rescriptsproceß bezügliche Wendungen enthalten also nur eine Anwendung der in den vorhergehenden Worten allgemein ausgesprochenen Regel, daß geschenkte Forderungen ohne litiscontestatio auf Seiten des Schenknehmers unvererblich waren, so lange des Schenknehmers Recht auf das directe agere alieno nomine sich beschränkte.

In voller Uebereinstimmung steht eine Stelle der Consultatio veteris Jurisconsulti [78]), welche einer Erbschaftsschenkung erwähnt [79]), die nach Vorjustinianeischem Rechte gleich der Schenkung jeder anderen Vermögensgesammtheit oder Vermögensquote nur durch Uebertragung der einzelnen Vermögensstücke [80]), also durch mancipatio, in jure cessio, traditio der körperlichen Sachen und durch Cession der Forderungen [81]) zu verwirklichen ist und nach des Schenknehmers Tode den Worten der Consultatio zufolge nur dann gültig bleiben soll:

> si eas (res), dum vixit, in bonis suis habuit, aut ejus juri aut dominio competebant, aut si lite contestata de hac luce migraverit.

Offenbar beziehen sich nämlich die letzten Worte auf die in der geschenkten Erbschaft enthaltenen nomina, welche wirklich cedirt sein mußten und, weil sie vom beschenkten procurator in rem suam nur direct im Namen des Cedenten klagbar gemacht werden konnten, auf die Erben des procurator in rem suam nur dann übergingen, wenn der procurator in rem suam nach der litiscontestatio verstorben war.

Auch dadurch wird bestätigt, daß nicht bloß beim procurator in rem alienam, sondern auch beim procurator in rem suam das zum directe agere alieno nomine überhaupt erforderliche mandatum agendi durch den vor der Ausführung desselben erfolgenden Tod des procurator völlig erlischt.

Gestatten wir uns nun einen Rückblick, so hat die vorstehende Erörterung ergeben, daß die processualische Delegation durch die litiscontestatio des procurator in rem suam mit Erfolg nicht vollzo-

---

77) Basil XLVII, 1 c. 65 (Heimb. IV, p. 587) . . licet litiscontestatio facta non sit, vel rescriptum petitum (Heimb. übersetzt unrichtig: impetratum). — A. M. ist Wieding, Justinian. Libellproc. S. 165. — — 78) cap. VI. — — 79) cf. l. 28 D. de donat. (39. 5). — — 80) Cod. Hermogen. VI, 1. 2. l. 11 C. de donat. (8. 54), l. 42 pr. D. de mort. c. donat. (39. 6), l. 37 §. 3 D. de legat. III (32). — cf. l. 35 §. 4 C. de donat. (8. 54). — fr. Vat. §. 287. — — 81) fr. Vat. §. 263.

gen werden kann, wenn die Zustimmung des Cedenten gar nicht ertheilt, oder zwar ertheilt, aber zeitig durch den Tod oder Widerruf des Cedenten oder Tod des procurator in rem suam wieder hinfällig geworden ist. Es folgt daraus ohne Weiteres der positive Satz, daß die processualische Delegation des procurator in rem suam zu ihrer Wirksamkeit nothwendig der Zustimmung des Cedenten bedarf, mag letztere vorgängig durch ein gültiges Mandat, oder nachträglich durch Ratihabition erklärt worden sein.

II. Pflicht des procurator in rem suam, dem Cessus satisdatio, ratam rem dominum habiturum esse zu leisten.

§. 6. Das nachgewiesene Erforderniß der Zustimmung des Cedenten zur litiscontestatio des Cessionars gefährdet den Cessus insofern, als derselbe auf den einfachen Beweis, daß vom Cedenten dem Cessionar ein Klagauftrag ertheilt worden, mit dem Cessionar sich einlassen soll [1]), obgleich theils der zwischen dem Cessionar und dem Cessus geführte Beweis den Cedenten nicht bindet, theils der in seiner Entstehung noch so klar bewiesene Auftrag inzwischen aus mehrfachen Gründen ohne Vorwissen des Cessus wieder erloschen sein kann [3]), mithin der Cessus durchaus nicht ohne Weiteres vor späteren Klagangriffen des Cedenten gedeckt ist. Nun ist es aber offenbar unbillig, diese Gefahren dem Cessus aufzubürden, da die Cession nicht in seinem, sondern lediglich in des Cedenten und des Cessionars Interesse liegt. Es entspricht vielmehr der Natur der Sache, dem Cessus das Recht einzuräumen, den procurator in rem suam an der Ausübung des fremden Klagrechts so lange zu hindern, bis er ihn wegen aller daraus zu besorgenden Nachtheile sicher gestellt habe. In der That erklärt das römische Recht den procurator in rem suam, welcher direct in des Cedenten Namen klagen will, nicht minder als den procurator in rem alienam für verpflichtet, dem Cessus auf dessen vor der litiscontestatio zu stellendes Verlangen [4]) bei Vermeidung der Abweisung satisdatio, ratam rem dominum habiturum esse zu leisten. Man beachte nur den zweiten Theil des-

---

[1]) Bethmann-Hollweg, Vers. S. 346 ff. in Verbindung mit l. 3, l. 12, l. 19 pr. §. 2 D. de probat. (22. 3), l. 1 C. eod. (4. 19). Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 348 ff. — — [3]) fr. Vat. §. 333. — — [4]) l. 40 §. 3 D. de procur. (3. 3), Consult. Vet. ICti c. 3. Paul. sent. rec. I, 3 §. 5. cf. l. 1 §. 9 D. ut legator. (36. 3).

jenigen Edicts, welches im ersten Theile über die später zu erörternde Defensionspflicht handelt und seinem ganzen Inhalte nach folgendermaßen lautet [5]):

Cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat: et ei, quocum eo nomine aget [6]), id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.

Vorstehende Worte ergeben, daß die cautio de rato geleistet werden muß: erstens als satisdatio [7]), zweitens von Jedem, welcher im Namen eines Anderen klagt, jedoch drittens nicht weiter, als nach dem Ermessen eines bonus vir erforderlich ist.

Alle drei Sätze finden in der Interpretation, welche die Jurisprudenz den Edictsworten gegeben hat, ihre volle Bestätigung. Daß die stipulatio de rato durch bürgschaftliche Sicherheit verstärkt werden muß, ist mehrfach bezeugt worden [8]), und daß jeder in fremdem Namen auftretende Kläger de rato zu caviren hat, wird anerkannt theils im Allgemeinen z. B. von Ulpian in den Worten [9]):

Qui alieno nomine agit quamcunque actionem, id ratum habere eum, ad quem ea res pertinebit, cavere debet.

theils im Besonderen hinsichtlich des procurator [10]), hinsichtlich derjenigen als negotiorum gestores zu betrachtenden Personen [11]), bei denen die Nähe des persönlichen Verhältnisses das Mandat entbehrlich macht [12]), hinsichtlich des tutor, curator [13]) und actor [14]) und selbst, soweit in fremdem Namen geklagt wird [15]), hinsichtlich des Hausvaters, welcher für sich und die verheirathet gewesene Tochter [16]), oder

---

[5]) l. 33 §. 3 D. de procur. (3. 3). cf. Vat. fr. §. 336. — Consult. Vet. ICti c. 3. — Paul. sent. rec. I, 3 §. 4. — — [6]) Ueber diese Leseart statt der gewöhnlichen: quo nomine aget vergl. Backe, Interpretat. Iuris Romani cap. III, ubi quaeritur, quatenus in mutua debitoris actione defendere creditorem teneatur procurator in rem suam factus pag. 49 sqq. — Mühlenbr., Ceff. S. 663 not. 163. — — [7]) l. 1 D. qui satisdare cog. (2. 8), l. 7 D. de praetor. stipul. (46. 5). — — [8]) l. 8, l. 23 D. rat. rem hab. (46. 8). Consult. Vet. ICti c. 3. — cf. Paul. sent. rec. I, 3 §. 5. — — [9]) l. 39 §. 1 D. de procur. (3. 3). — — [10]) Gaj. IV, 98. — fr. Vat. §. 336. — Cons. Vet. ICti c. 3. — l. 5 §. 18 D. de op. n. n. (39. 1). — — [11]) l. 3 §. 3 D. judic. solvi (46. 7) . . Quod enim eis agere permittitur edicto Praetoris, non facit eos procuratores. — l. 8 pr. D. de neg. gest. (3. 5). — — [12]) l. 40 §. 4 D. de procur. (3. 3), l. 8 pr. D. de neg. gest. (3. 5), l. 18 §. 5 D. de castrense pec. (49. 17), l. 21 C. de procur. (2. 13). — — [13]) Gaj. IV, 82. 99. — pr. §. 1 J. de satisdat. (4. 11). — — [14]) §. 3 fin. J. de satisdat. (4. 11), l. 9 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 6 §. 3 D. quod cujusv. univ. nom. (3. 4). — — [15]) S. §. 16. — — [16]) l. 2 §. 2, l. 22 §. 3 D. sol. matrim. (24. 3), l. 39 §. 3 D. de procur. (3. 3), l. 25 D. rat. rem hab. (46. 8). — Cujac. in Afric. (opp. I, p. 1363) schließt aus dieser Stelle ohne Grund,

hinsichtlich der verheirathet gewesenen Haustochter, welche für sich und den Vater nach Trennung der Ehe die vom Vater bestellte dos zurückfordert[17]), sowie hinsichtlich der Streitgenossen, welche den von Allen angefangenen Proceß für einige später Hinwegbleibende fortsetzen[18]).

Daß endlich die satisdatio de rato nicht über das Ermessen eines bonus vir hinaus verlangt werden kann, beweisen die Aussprüche, welche den cognitor[19]), den procurator praesentis[20]) und velut praesentis[21]), auch unter Umständen den tutor, curator[22]) und actor[23]), ja selbst den für sich und seine verheirathet gewesene Tochter nach Trennung der Ehe die dos zurückfordernden Hausvater[24]) von der cautio de rato befreien.

Da nämlich das Interesse der satisdatio de rato für den Beklagten darin besteht, keiner neuen Klage des Vertretenen unterworfen zu werden, sondern jeden ferneren Angriff desselben durch das Berufen auf die zufolge der litiscontestatio und res judicata ipso jure oder ope exceptionis eingetretene Consumtion abwehren zu können[25]), so muß die satisdatio hinwegfallen, so oft diesem Interesse anderweit genügt ist, weil unnöthige Cautionen überall vermieden werden sollen[26]). Anderweit genügt ist aber dem Interesse durch die auch im Verhältniß des Vertretenen zum Beklagten ausreichende Gewißheit, daß der Vertreter zur Proceßführung Auftrag oder amtliche Be-

---

daß der Vater die dos der Tochter auch dann einklagen dürfe, wenn er die Klage nicht schon bei Lebzeiten der Tochter begonnen habe, da doch die stipul. r. r. h. nur deshalb nicht verwirkt wird, weil die actio rei uxor. der Frau ohne vorgängige Mahnung unvererblich ist (l. un. §. 4 C. de rei uxor. act. 5. 13. — Ulp. fr. VI, 7. — fr. Vat. 95. 97. 112. 334), nach dem Tode der Frau also kein Erbe der Frau, ohne zugleich die Klage des Vaters als Mahnung zu ratihabiren, auf's Neue klagbar werden kann. — — 17) l 22 §. 4. 10. 11 D. sol. matrim. (24. 3). — — 18) l. 2 C. de consort. ej. lit. (3. 40). cf. c. 3 Clem. de procur. (1. 10). — — 19) Gaj. IV, 97. 100. — pr. J. de satisdat. (4. 11), Theophil. h. l. — l. 22 §. 8 D. rat. rem hab. (46. 8). — — 20) fr. Vat. §§. 317. 331. 333. — §. 3 J. de satisdat. (4. 11). — — 21) l. un. C. de satisdat. (2. 57), l. 65 D. de proc. (3. 3), l. 21 D. rat. rem hab. (46. 8). Cons. Vet. ICti c. 3. — §. 3 J. de satisdat. (4. 11). — — 22) Gaj. IV, 99. — pr. J. de satisdat. (4. 11), l. 23 D. de admin. tut. (26. 7), l. 13 C. de adm. tut. (5. 37). — — 23) l. 9 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 6 §. 3 D. quod cuj. un. nom. (3. 4), l. 32 C. de episcop. (1. 3). — — 24) l. 2 §. 2, l. 22 §. 3 D. sol. matrim. (24. 3). — — 25) Gaj. IV, 98. — Cic. Brut. c. 5. — pr. J. de satisd. (4. 11), l. 3 §. 1, l. 8 pr., l. 22 §. 4. 8 D. rat. rem. hab. (46. 8). — Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 40 §. 1. 2 und VIII, 2 c. 75 (Heimb. I, p. 379. 400). — Theophil. III, 18 §. 4. — Ueber l. 22 §. 4 D. rat. r. h. cit. f. Schlayer in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 9, S. 201 f. — — 26) l. 3 §. 1 D. ut in possess. legat. (36. 4), l. 1 §. 9 D. de stipul. praet. (46. 5), l. 14 §. 1 D. ut legat. serv. c. (36. 3).

rechtigung erhalten und beides bis zur litiscontestatio behalten habe; denn in der That vermochten von jeher alle Arten der wirklich, sei es durch den Willen des Vertretenen [27]), sei es durch Amt [28]) berufenen Stellvertreter die Sache für den Vertretenen in judicium zu deduciren.

Durfte doch hinsichtlich des Auftrags schon der Kaiser Antonin der Fromme den später von Ulpian und Paulus [29]) wiederholten Satz aufstellen [30]):

> Cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit.

und lassen doch ebenso, was die amtliche Vertretung betrifft, Julian, Ulpian, Paulus und Theophilus gleich dem Kaiser Gordianus [31]) beim tutor, curator und actor [32]) die cautio de rato nur dann erforderlich sein, wenn über die amtliche Berechtigung des Vertreters zur Zeit der litiscontestatio Ungewißheit obwaltet.

Ungewißheit kann nun zwar in der doppelten Beziehung obwalten, ob die Ermächtigung durch Auftrag oder Amt überhaupt ertheilt worden sei, oder ob dieselbe, sofern sie wirklich ertheilt worden ist, noch fortdaure [33]). Da aber — von der Ausnahme des sog. vermutheten Auftrags abgesehen [34]) — wenigstens nach der in der Praxis herrschend

---

[27]) l. 56 D. de judic. (5. 1), l. 12 D. de pact. (2. 14), l. 78 §. 1 D. de proc. (3. 3), l. 11 §. 7 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 27 pr., l. 40 §. 2, l. 66 D. de proc. (3. 3), l. 10 C. eod. (2. 13). Nicht entgegen ist Gaj. IV, 98, weil nicht sowohl der Unzulässigkeit, als der Ungewißheit der Consumtion gedacht zu sein scheint, zumal schon Julian die Consumtion annimmt. — l. 22 §. 8 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 25 §. 2 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 1 C. de proc. (2. 13). — cf. Becker, Consumt. S. 155 f. — Ebenso die nachträgliche ratihabitio. — l. 56 D. de judic. (5. 1), l. 25 §. 2 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 27, l. 66 D. de proc. (3. 3), l. 1 C. quib. res jud. non noc. (7. 56). — cf. Becker a. a. O. S. 157. — — [28]) l. 22, l. 23 D. de adm. tut. (26. 7), l. 11 §. 7 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 17 §. 2, l. 35 pr. D. de jurejur. (12. 2), cf. l. 7 §. 2 D. de curat. furiosi (27. 10). — — [29]) l. 6 §. 5 D. de edendo (2. 13), l. 3 §. 2 D. ut in poss. leg. (36. 4), l. 26 pr. D. de min. (4. 4). Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 39 §. 1 (Heimb. I, p. 375). — Nicht entgegen ist l. 5 §. 18 D. de O. N. N. (39. 1). Vergl. Ubbelohde, Lehre von untheilbaren Obligatt. S. 292 not. 25. — — [30]) l. 1 C. de procur. (2. 13). — — [31]) l. 13 C. de adm. tut. (5. 37). — — [32]) l. 23 D. de adm. tut. (26. 7), l. 6 §. 3 D. quod. cuj. un. nom. (3. 4), Theophil. III, 18 pr. — — [33]) fr. Vat. §. 333. — l. 23 D. de adm. tut. (26. 7). Ulp. lib. 9 ad Edict, woraus auch l. 33 D. de proc. (3. 3) entnommen ist. — — [34]) l. 8 pr. D. de neg. gest. (3. 5), l. 35 pr., l. 40 §. 4 D. de proc. (3. 3), l. 12 C. de proc. (2. 13), l. 3 §. 3 D. jud. solvi (46. 7) . . a quibus mandatum non exigitur. — Interpr. Thalel. zu Basil. VIII, 2 c. 86 (Heimb. I, p. 407).

gewordenen Ansicht[35]) kein Stellvertreter anders als mit Einwilligung des Beklagten[36]) ohne den Beweis seiner Statt gehabten Berufung zugelassen wurde[37]), und da der Beklagte in einer dilatorischen Einrede das Mittel besaß, die Frage, ob der Stellvertreter den Beruf zur Vertretung durch Auftrag oder Amt überhaupt empfangen habe[38]), selbst dann zur Gewißheit zu bringen, wenn der rechtsprechende Magistrat versäumte, pflichtmäßig von Amtswegen auf die Proceßlegitimation zu halten[39]): so war es besonders die zweite Gefahr, daß die wirklich Statt gehabte Ermächtigung wieder unwirksam geworden sei, wogegen die cautio de rato schützen sollte. Multis enim casibus — sagt Papinian [40]) — ignorantibus nobis mandatum solvi potest vel morte vel revocato mandato. Cum autem certum est, mandatum perseverare . . . (satis)dationis necessitas cessat.

Ebenso bezeugen Ulpian und Paulus, daß dieselbe Gefahr bei der Einwilligung der Haustochter in die von ihrem Vater gegen ihren gewesenen Ehemann nach Trennung der Ehe auf Rückgabe der dos anzustellende Klage[41]), imgleichen beim tutor, curator[42]) und actor[43]) berücksichtigt wurde. Prüfen wir also diese Gefahr näher!

Hier zeigt sich nun sofort, daß jede Gefahr beseitigt war, wenn der Vertretene nicht bloß den Vertreter zur Anstellung der Klage gegen den Beklagten, sondern auch den Beklagten zur Einlassung mit dem Vertreter beauftragt hatte; denn die Ausführung des auf

---

35) Gaj. IV, 84. — — 36) Cic. Brut. c. 4. 5. — Cons. Vet. ICti c. 3. — cf. Paul. sent. rec. I, 3 §. 3. — Beispiele in l. 19 §. 3 D. de neg. gest. (3. 5), l. 25 §. 2 D. de exc. rei jud. (44. 2). — Das Bedenken Chambon's (negot. gest. S. 85 ff.), daß im Fall der l. 19 §. 3 D. cit. die exc. procurator. hätte vorgeschützt werden müssen zur Erhaltung des Regresses, hebt sich durch l. 29 §. 4 D. mand. (17. 1), worin die Uebergehung von dergleichen apices juris als unschädlich für den Regreß dargestellt wird. — — 37) l. 6 §. 12, l. 31 §. 6, l. 39 D. de neg. gest. (3. 5), l. 5 §. 4 D. praescr. verb. (19. 5). Cons. Vet. ICti c. 3. — l. 39 pr. §. 12 D. de adm. tut. (26. 7), l. 3 §. 4. 5 D. judic. solvi (46. 7), l. 24 C. de proc. (2. 13), l. 20 C. de neg. gest. (2. 19). Gaj. IV, 84. — Theophil. III, 18 §. 4. — Schol. 1 zu Basil. XVII, 2 c. 20 (Heimb. II, p. 225). — — 38) *a.* l. 48, l. 62, l. 78 §. 1 D. de proc. (3. 3), l. 23 D. rat. rem hab. (46. 8), Theophil. III, 18 §. 4. — Gaj. IV, 84. — Igitur etsi non habeat mandatum, agere tamen posse, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud judicem ostenditur. — *b.* l. 2 C. de eo, qui pro tut. (5. 45), l. 20 C. de neg. gest. (2. 19). — — 39) Cons. Vet. ICti c. 3. — l. 24 C. de proc. (2. 13), l. 13 §. 2 D. de op. n. n. (39. 1). — — 40) fr. Vat. §. 333. — cf. l. 1 C. de satisd. (2. 57), l. 65 D. de proc. (3. 3). — — 41) l. 22 §. 5 D. sol. matrim. (24. 3). — — 42) l. 23 D. de adm. tut. (26. 7) . . an duret tutor. — — 43) l. 6 §. 2 D. quod. cuj. un. nom. (3. 4), §. 3 J. de satisdat. (4. 11).

Liberation gerichteten Auftrags bleibt bekanntlich selbst dann für den Mandanten und dessen Erben verbindlich, wenn der Tod [44]) oder Widerruf des Mandanten [45]) vorhergegangen ist, ohne daß der Mandatar es erfahren hat. Derjenige Beklagte, welcher selbst vom Kläger zur Proceßführung mit dessen Vertreter beauftragt war, konnte sich also ungefährdet mit dem Vertreter einlassen, so lange er nicht wußte, daß die vom Kläger dem Vertreter ertheilte Ermächtigung durch Tod oder Widerruf des Klägers erloschen sei. Der Kläger und dessen Erben waren ihm gegenüber dessenungeachtet an die Geschäftsführung des Vertreters gebunden.

Einen gleichzeitigen Auftrag des vertretenen Klägers an den Vertreter und an den Beklagten nahmen aber die Römer in folgenden Fällen an:

1. wenn der Kläger einen cognitor bestellte; weil die Bestellung mündlich durch bestimmte feierliche, an den gegenwärtigen Beklagten gerichtete Worte [46]), häufig sogar im Beisein des Gerichts [47]) vollzogen wurde. Die natürliche Folge dieser Auffassung war die, daß der cognitor unter allen Umständen durch seine Proceßführung den Mandanten verpflichtete [48]) und ebendaher nach dem Ermessen des bonus vir von der satisdatio de rato frei war (merito domini loco habetur) [49]).

2. wenn der Kläger einen Procurator in Gegenwart des Beklagten vor Gericht bestellte; denn der wahre Procurator deducirte die Sache des Klägers in judicium [50]) und der durch seine Gegenwart bei der Bevollmächtigung des Vertreters vom Vertretenen stillschweigend zugleich zur Einlassung mit dem Procurator beauftragte Beklagte [51]) konnte, so lange ihm der Tod oder Widerruf des Klägers unbekannt war, über das Mandat und dessen Fortdauer sicher sein, so daß Papinian schreiben durfte [52]):

---

[44]) Gaj. III, 160. — §. 10 J. de mand. (3. 27), l. 26 pr. §. 1, l. 58 D. mand. (17. 1), l. 19 §. 3 D. de donat. (39. 5), l. 65 §. 10 D. pro soc. (17. 2). — l. 41 D. de reb. cred. (12. 1), l. 32 D. de solut. (46. 3), l. 77 §. 6 D. de legat. II (31), l. 33 D. de possess. (41. 2). — — [45]) l. 34 §. 3 D. de solut. (46. 3), l. 12 §. 2, l. 18 f., l. 48 §. 1, l. 51 D. eod., l. 15 D. mand. (17. 1). — cf. Gaj. III, 159. — §. 9 J. de mand. (3. 27), l. 1 §. 2 D. quod jussu (15. 4). — — [46]) Gaj. IV, 83. 97. — Fest. s. v. cognitor. — Ascon. ad Divin. c. 4. — Isidor. Diff. c. 123. — cf. Vat. fr. §§. 318. 319. — — [47]) Interpr. Visig. ad. l. 7 C. Th. de cognit. (2. 12). — — [48]) Gaj. IV, 98. — — [49]) Gaj. IV, 97. Backe a. a. O. S. 51 f. nimmt ohne Noth an, daß der cognitor von der Vorschrift des Edicts ausdrücklich ausgenommen worden sei. — — [50]) S. S. 69 not. 27. — — [51]) cf. l. 22 §. 2, l. 45 §. 7 D. mand. (17. 1). — — [52]) fr. Vat. §. 333. — cf. Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 5 (Heimb. I, p. 361).

Absentis procuratorem satisdare debere de rato habendo, recte responsum est [53]). Multis enim casibus ignorantibus nobis mandatum solvi potest vel morte vel revocato mandato. Cum autem certum est, mandatum perseverare, id est, cum praesens est dominus, (satis)dationis necessitas cessat.

Die Begriffe der praesentia und absentia sind in der Rechtssprache wie im Leben nach Lage der Sache verschieden, weshalb in den Rechtsbüchern an- oder abwesend im Allgemeinen derjenige genannt wird, welcher da oder nicht da sich befindet, wo er nach den Umständen sich befinden sollte [54]), mag dieses das Gerichtszimmer [55]) oder die Gerichtsstadt [56]) oder selbst nur der Gerichtskreis [57]) sein. In Betreff der vom procurator zu leistenden cautio de rato gilt nun derjenige für anwesend, welcher bei der Bevollmächtigung des procurator mit dem Gegner im Gerichtszimmer gegenwärtig ist [58]), oder — wie die Institutionen sich ausdrücken — wer als praesens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit [59]).

Manche Rechtslehrer glauben zwar mit der Basilikeninterpretation [60]), daß bei der Pflicht des Stellvertreters zur cautio de rato,

---

[53]) Cons. Vet. ICti c. 3. — cf. Paul. sent. rec. I, 3 §. 6. — Si satis non det procurator absentis, actio ei absentis nomine non datur. Theophil. III, 18 §. 4. — εἰ συμβαίη τινὰς ὡς κατὰ μανδάτον τοῦ ἀπόντος κινῆσαι. — si contingat, ut aliqui tanquam mandatum absentis habentes, mecum agant. — — [54]) l. 173 §. 1, l. 199 D. de V. S. (50. 16). — — [55]) l. 4 §. 5 D. de damn. inf. (39. 2), l. 51 §. 5 D. de fideic. lib. (40. 5). — — [56]) l. 3—7 D. de procur. (3. 3). S. §. 16. — — [57]) l. ult. C. de praescr. longi temp. (7. 43). — — [58]) Gaj. IV, 84. — Procurator et absente et ignorante adversario constituitur — im Gegensatz des cognitor, welcher zwar als praesens oder absens, aber jedenfalls coram adversario bestellt wird. — Fest. s. v. cognitor . . Cognitor est, qui litem alterius suscipit coram eo, cui datus est. Procurator vero absentis nomine actor fit. — Ascon. ad Divin. c. 4. — Cognitor, si praesentis causam novit et sic tuetur ut suam. Procurator, si absentis negotium suscipiat. — Isidor. Difficult. c. 123. — Cognitor non nisi praesens a praesente praesenti datur. — Interpr. Visig. ad l. 7 C. Th. de cognit. (2. 12) . . cui causam praesens praesente judice litigator, injungit. — Paul. sent. rec. I, 3 §. 1. — Mandari potest procuratio praesentibus (sc. partibus). — §. 6. si satis non det procurator absentis, actio ei absentis nomine non datur. Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 65 (Heimb. I, p. 395) . . ὡσανεὶ παρόντος εἶναι προκουράτωρ δοκεῖ ὁ παρὼν παρ' αὐτοῦ δεδομένος. — velut praesentis procurator esse videtur, praesens ab eo datus. — l. 73 D. de procur. (3. 3) . . . qui praesente domino non obtulit pecuniam. — — [59]) §. 3 J. de satisdat. (4. 11), Theophil. h. l. — cf. fr. Vat. §. 317 . . apud acta . . . a praesente domino constituitur. — — [60]) Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 5 (Heimb. I, p. 361).

wie bei der Pflicht desselben zur defensio, die Anwesenheit oder Abwesenheit des Vertretenen in der Gerichtsstadt in Betracht komme; allein als der loco cognitoris geltende[61]) procurator praesentis kann nur der von den Förmlichkeiten entkleidete cognitor oder der vom Kläger in Gegenwart des Beklagten vor den Gerichtsschranken bestellte Vertreter angesehen sein, dessen Bestellung zugleich einen Auftrag an den Beklagten zur Einlassung mit dem Vertreter einschloß und dadurch die Fortdauer des Mandats für den von deren Aufhören nicht unterrichteten Beklagten gewiß machte.

Eine Art des procurator praesentis ist denn auch der Hausvater, welcher für sich und seine anwesende Tochter nach Trennung der Ehe die dos vom früheren Ehemanne derselben zurückfordert und wegen Anwesenheit der Tochter von der cautio de rato befreiet ist[62]).

3. wenn der Kläger einen procurator ernennt und diese Ernennung entweder mit der Zusage, alles vom Procurator Verhandelte genehmigen zu wollen, in einem mit beglaubigter Unterschrift versehenen Briefe dem Beklagten anzeigt[63]), oder dieselbe, um sie dem Beklagten eröffnen zu lassen, sei es mündlich zu Protocoll erklärt[64]), sei es schriftlich in einer den Acten einverleibten Vollmacht[65]) oder in einer bei dem Kaiser eingereichten Bittschrift[66]) niederlegt; denn in allen diesen Fällen gilt die Vollmacht als eine nach außen gerichtete Erklärung und daher der zu den Acten beglaubigte (apud acta factus) Procurator hinsichtlich der cautio de rato — nicht aber hinsichtlich der Pflicht zur defensio[67]) — als ein procurator veluti praesentis[68]), dessen Verhandlungen auch nach dem Tode oder Widerrufe des Mandanten für den Mandanten und dessen Erben verbindlich bleiben, weil angenommen wird, der Mandant habe zugleich dem Beklagten zur Einlassung mit dem Procurator Auftrag ertheilt

---

61) fr. Vat. §. 317. 331. — — 62) l. 2 §. 2, l. 22 §. 3 D. solut. matrim. (24. 3). — — 63) l. 65 D. de procur. (3. 3), cf. Basil. VIII, 2 c. 63. — Interpr. Thalel. zu Basil. VIII, 2 c. 75 (Heimb. I, p. 400). — — 64) fr. Vat. § 317. — l. un. C. de satisdat. (2. 57), Paul. sent. rec. I, 3 §. 1. — Symmach. ep. X, 39. — actis Praetoriis in Liberium denuo jura translata. Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 63 (Heimb. I, p. 396). — — 65) §. 3 J. de satisdat. (3. 11) . . si non mandatum actis insinuatum est. — Theophil. h. l. — Cons. Vet. ICti c. 3. — mandatum . . gestis legaliter allegatum . . cum gestis epistola mandati legitur allegata. — Symmach. ep. X, 39. — cujus procurationem superioris gesta judicii non tenerent . . procuratio legebatur Praetoris allegata judicio. — Lex Rom. Burg. c. 12 . . mandatum gestis allegatum . . legitimum. — — 66) l. 21 D. rat. rem hab. (46. 8). — — 67) l. un. C. de satisdat. (2. 57), s. §. 16. — 68) l. 65 D. de proc. (3. 3), fr. Vat. §. 317. — l. un. C. de satisdat. (2. 57).

und das Erlöschen dieses Auftrags sei dem Beauftragten unbekannt geblieben[69]). Gleich dem procurator praesentis ist daher auch der procurator veluti praesentis von der Verpflichtung zur cautio de rato nach dem Ermessen des bonus vir mit Recht befreiet worden[70]).

In der That ist hiernach im Laufe der Zeit die nach ihrem allgemeinen Wortlaute jeden cognitor und procurator umfassende Vorschrift des Edicts über die Verpflichtung zur satisdatio de rato durch die auf den arbitratus boni viri bezügliche Clausel dahin beschränkt werden, daß nicht mehr der cognitor, sondern nur noch der procurator, und nicht mehr jeder procurator, sondern nur noch der procurator absentis[71]) oder derjenige procurator, dessen Vollmacht nach Ursprung oder Fortdauer einem Zweifel unterliegt[72]), satisdatio de rato zu leisten verpflichtet erscheint. Dieselbe Beschränkung ist denn auch consequent bei dem tutor, curator und actor zur Anwendung gebracht, so daß auch hier die cautio de rato nicht ohne Ungewißheit der Berufung verlangt wird[73]).

Mit dieser Beschränkung[74]) muß aber nicht allein der procurator in rem alienam, sondern auch der procurator in rem suam, wenn er direct im Namen des Cedenten klagt, satisdatio dominum ratam rem habiturum leisten[75]); denn die Worte des Edicts und der Grund desselben passen auf den procurator in rem suam nicht minder als auf den procurator in rem alienam, da auch der procurator in rem suam als verus procurator das Klagerecht des Cedenten in judicium deducirt[76]), als falsus procurator dasselbe

---

69) l. 65 D. de proc. (3. 3), l. un. C. de satisdat. (2. 57). — Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 63 (Heimb. I, p. 395). — — 70) Ob nicht auch der procurator omnium bonorum als procurator veluti praesentis wegen l. 34 §. 3 D. de solut. (46. 3) zu betrachten sei, kann dahin gestellt bleiben. — — 71) fr. Vat. §. 333. — Cons. Vet. ICti c. 3. — Paul. sent. rec. I, 3 §. 4. 6. — Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 1 (Heimb. I, p. 424). — cf. l. 66 §. 1 D. ad SCt. Treb. (36. 1), l. 21 D. de compens. (16. 2). — 72) l. 1 C. de proc. (2. 13), l. 26 pr. D. de min. (4. 4), l. 3 §. 2 D. ut in poss. legat. (36. 4), l. 6 §. 5 D. de edendo (2. 13). Paul. sent. rec. I, 3 §. 3. — Interpr. Thalel. zu Basil. VIII, 2 c. 75 (Heimb. I, p. 400). — Theophil. III, 18 §. 4. — — 73) l. 23 D. de admin. tut. (26. 7), Theophil. IV, 11 pr. §. 1. — Schol. 2 zu Basil. XXVIII, 9 c. 27 (Heimb. III, p. 758). — l. 6 §. 3 D. quod cuj. un. nom. (3. 4). — — 74) Ein Beispiel gewährt l. 29 D. de liberat. leg. (34. 3), woselbst der Cessus als zur litiscontestatio mit dem Cessionar beauftragt erscheint. — — 75) cf. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 208. — Bähr a. a. O. S. 367 f. — Schlayer in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 9, S. 46 not. 171. — — 76) fr. Vat. §. 263. l. 29 D. de liberat. leg. (46. 3), l. 3 C. de novat. (8. 42), l. 11 §. 1 D. de novat. (46. 2). — cf. Schol. Abs. 2 zu Basil. VIII, 2 c. 98 (Heimb. I, p. 415).

überall nicht verändert [77]), und auch beim procurator in rem suam der Empfang des Mandats gewiß sein und doch das Recht, im Namen des Cedenten zu klagen, durch Tod oder Widerruf des Cedenten wieder aufgehört haben kann [78]). Das Interesse des Beklagten an der cautio de rato ist sogar weit größer dem procurator in rem suam, als dem procurator in rem alienam gegenüber. Wider den von der actio judicati zu Gunsten des dominus ausgeschlossenen procurator in rem alienam kommt es nur darauf an, für den Fall der Absolution ein Aequivalent der exceptio rei judicatae zu gewinnen; wider den zur judicati actio berechtigten procurator in rem suam hingegen ist es ebenso wichtig, für den Fall der Verurtheilung vor einer neuen Klage des dominus geschützt zu sein. Wegen der im letzteren Falle eintretenden Gefahr, doppelt zahlen zu müssen, wird also dem Beklagten ein Anspruch auf cautio de rato wider den procurator in rem suam noch entschiedener zustehen, als wider den procurator in rem alienam.

Die ausdrückliche Anerkennung solches Anspruchs enthalten die Basiliken, indem sie den Inhalt unseres Edicts folgendermaßen wiedergeben:

Ὁ κινῶν ὀνόματί τινος, καὶ τὴν ἀσφάλειαν δίδωσι, καὶ διεκδικεῖ αὐτὸν, εἰ καὶ ἐν πράγματι ἰδίῳ ἐστὶ διοικήτης.

Denn eine Vergleichung dieser Uebersetzung mit dem Originale kann keinen Zweifel darüber aufkommen lassen, daß neben der mit den Worten: καὶ διεκδικεῖ αὐτόν betroffenen defensio die vorhergehenden Worte: καὶ τὴν ἀσφάλαιαν δίδωσι mit Heimbach von der satisdatio de rato zu verstehen sind, auf das Bestimmteste also auch der im Namen des Cedenten klagende procurator in rem suam der Verpflichtung, diese Satisdation zu leisten, unterworfen wird.

Auf diese Weise ist die ganze Gefahr mangelhafter Klagbevollmächtigung auf den im Namen des Cedenten klagenden Cessionar abgewälzt, der sich indeß gegen die ihm dieserhalb drohenden Nachtheile wieder decken kann.

---

77) l. 3 C. Th. de cognit. et proc. (2. 12), Consult. Vet. ICti c. 3, l. 24 C. J. de procur. (2. 13), l. 27 pr. D. eod. (3. 3), l. 1 C. quib. res jud. non noc. (7. 56). S. S. 49. cf. Schol. Abs. 2 zu Basil. VIII, 2 c. 98 (Heimb. I, p. 415). — — 78) S. S. 52 ff. — — 79) Basil. VIII, 2 c. 33 §. 4. 5 (Heimb. I, p. 371): Qui alicujus nomine agit, et de rato satisdat, et eundem defendit, licet procurator in rem sit.

III. durch eine satisdatio dominum ratam rem habiturum, die ihm auf Verlangen der Cedent stellen muß.

§. 7. Diese durch Bürgschaft zu sichernde[1]) Caution verpflichtet nämlich den Promittenten für sich und seine Erben, den Stipulator und dessen Erben wenn nicht durch vorgängige, so doch wenigstens durch nachträgliche Zustimmung in die Lage zu bringen, ohne eigne Gefahr das betreffende Klagerecht direct im Namen des Cedenten verfolgen zu können; denn der Promittent oder sein Erbe hat ein etwa noch nicht ertheiltes mandatum agendi zu ertheilen, oder ein ertheiltes und vor der Ausführung wieder erloschenes mandatum agendi zu erneuern, oder, falls vor der litiscontestatio des procurator in rem suam beides unterblieben sein sollte, wenigstens nach der litiscontestatio das Geschehene gutzuheißen, wenn er vermeiden will, den procurator in rem suam alle Nachtheile zu ersetzen, welche demselben aus dem Mangel der zur litiscontestatio erforderlichen Zustimmung überhaupt erwachsen. Die angegebene Natur der dem procurator in rem suam vom Cedenten zu leistenden Caution ergiebt sich daraus, daß theils in den Rechtsbüchern neben der dem Promissar vom Promittenten für die Genehmigung eines Dritten zu leistenden Caution eine andere Caution erwähnt wird, welche dem Promissar vom Promittenten für die eigene Genehmigung zu leisten ist[2]), theils gerade die letztere Caution mit derjenigen identisch sein muß, wodurch nach Gajus der Erbschaftskäufer den Erbschaftsverkäufer die Erfüllung der Zusage sicherstellen ließ[3]):

> ut pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

oder wie Theophilus mit Uebergehung des im neueren Recht abgekommenen cognitor übersetzt[4]):

> ὥστε δυνηθῆναί με procuratorio nomine κινεῖν.

Man könnte zwar fragen, wozu der procurator in rem suam dieser Caution bedürfe, da er meist schon aus der causa der Cession auf Ertheilung oder Erneuerung des Klagauftrags gegen den Cessions-

---

[1]) l. 2 pr. D. de her. vel act. (18. 4) Ulpian. Plane de facto suo venditor satisdare cogendus est. — — [2]) l. 4 §. 1 D. de V. O. (45. 1), l. 44 §. 6 D. fam. herc. (10. 2), Basil. XLII, 3 c. 43 §. 6. Schol. 8. 9 (Heimb. IV, p. 275). S. Ubbelohde, Lehre von den untheilbaren Verbindlichkeiten S. 111. 285 ff. — Durch unsere Erklärung löst sich der scheinbare Widerspruch zwischen der l. 4 §. 1 D. cit. und der l. 17. 18 D. rat. rem hab. (46. 8). Vergl. Beckhaus, Ratihabition S. 37 ff. — — [3]) Gaj. II, 252. S. Th. 1, S. 195 f. cf. Gaj. IV, 82. — — [4]) Theophil. II, 23 §. 3.

pflichtigen zu klagen vermöge [5]), und im Fall empfangenen, aber wieder erloschenen Auftrags sogar gegen den Cessus ohne Weiteres utiliter im eigenen Namen zu klagen unbehindert sei [6]); allein man erwäge nur, daß die utilis actio nicht selten andere, dem Cessionar ungünstigere Zwecke als die im Namen des Cedenten anzustellende directa actio verfolgt [7]), und die causa der Cession theils nicht immer ein Klagerecht, theils wenigstens nicht immer ein so zuverlässiges Klagerecht auf Cession verleihet, daß der Cessionsberechtigte nicht deßungeachtet das Bedürfniß größerer Sicherheit empfinden sollte, und man wird sich die aufgeworfene Frage selbst beantworten können [8]).

Es hat daher einen guten Grund, daß Cajus, welcher als Cessionar, um direct im Namen des Cedenten Titius oder der Erben desselben klagen zu können, dem Cessus caviren muß: dominum Titium heredemque ejus rem ratam habiturum esse [9]), sich zu eigener Sicherheit vom Cedenten Titius wieder versprechen läßt: Titium heredemque ejus ratam rem habiturum esse [10]); denn wenngleich die aus dieser Caution entspringende Obligation sowohl auf Seiten der Erben des Stipulator, wie auf Seiten der Erben des Promissor theilbar ist, so ist dasselbe doch auch hinsichtlich der vom procurator in rem suam dem Cessus zu leistenden Caution der Fall und eben deshalb die bezweckte Sicherheit nichts destoweniger vollständig erreicht, da der procurator in rem suam oder der Erbe desselben, von welchem der Cessus aus der ihm geleisteten cautio, dominum rem ratam habiturum, wegen Nichtgenehmigung des Cedenten Titius oder Eines der Erben desselben Entschädigung gefordert hat (a quo fuerit petitum), stets ebensoweit wieder gegen den Cedenten Titius oder denjenigen Erben desselben, welcher die Genehmigung verweigert hat, aus der ihm vom Cedenten geleisteten cautio: Titium heredemque ejus ratam rem habiturum seinen Regreß nehmen kann.

Dieser Caution geschieht aber nicht bloß beim Erbschaftskaufe, sondern auch sonst öfter Erwähnung [11]); ja Paulus berichtet sogar: der mit der rei vindicatio angegriffene Besitzer, welcher sich des Streitgegenstandes arglistig entäußert habe und daher, ohne das Klagerecht des Vindicanten durch fingirte Cession zu erlangen und selbst ohne wirkliche Cession fordern zu dürfen, in das Interesse zu verurtheilen sei, werde auch dadurch gestraft, daß ihm der Kläger nicht zu caviren

---

[5]) Schol. 3 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21), l. 42 §. 2 D. de procur. (3. 3). — — [6]) S. Th. II, §. 25. — — [7]) S. Th. II, §. 13 und §. 34 Nr. II. — — [8]) S. Bähr a. a. O. S. 368 not. 17. — — [9]) S. Th. II, S. 67 ff. Dieser Stipulation steht ziemlich gleich die stipulatio amplius non agi. l. 14, l. 15, l. 23 D. rat. rem hab. (46. 8). — — [10]) S. S. 76 not. 2. — — [11]) l. 4 §. 6 D. de doli exc. (44. 4), s. Th. II, §. 13. l. 14 §. 1 D. mand. (17. 1). Vergl. ferner not. 13—19.

brauche: actiones, quas ejus rei nomine habet, se ei praestaturum[12]). Stellt man diese Aeußerungen zusammen mit anderen Quellenzeugnissen, wonach gegen den Erbschaftsverkäufer eine satisdatio de facto suo erzwingbar ist[13]), und — dafern Cessionen in Frage stehen — dem Erbschaftsfideicommissar, wenn er, wie dieses nach Vorjustinianeischem Recht häufig der Fall war, nicht heredis loco ist[14]), ferner dem Prälegatar[15]), dem Legatar[16]), der nach Trennung der Ehe die dos zurückfordernden Frau[17]), dem nach Auflösung der Gesellschaft auf Theilung dringenden Gesellschafter[18]), den Gläubigern, zu deren Verkürzung der Gemeinschuldner eine Frau dotirt hat[19]), ein Anspruch auf diese Caution zugeschrieben wird, so kann wohl nicht bezweifelt werden, daß jeder zur Cession einer Forderung Verpflichtete, soweit der Berechtigte ein begründetes Interesse hat, zur Leistung dieser Caution verbunden erachtet worden ist. Die Cautionsverpflichtung bildet eben einen integrirenden Theil der Cessionsverpflichtung, fällt daher zwar aus, wo diese ausfällt, z. B. nach Vorjustinianeischem Rechte wegen des Cincischen Gesetzes bei Forderungsschenkungen[20]), ist aber übrigens durch Klage oder Einrede erzwingbar, wo und wie die Cession selbst erzwingbar ist. Nur da, wo der Berechtigte mit der directa actio alieno nomine nichts anderes, als mit der utilis actio suo nomine einklagen kann und die utilis actio dem Berechtigten ausreichend sichergestellt ist, wird sie erlassen[21]), weil unnöthige Cautionen allenthalben zu vermeiden sind[22]).

Es erhellet hieraus, welchen Werth man bei den Römern darauf legte, daß der Cessionar neben dem Rechte, utiliter im eigenen Namen zu klagen, soweit er ein Interesse hat, auch die Möglichkeit behalte, ohne Beschwerde direct im Namen des Cedenten das betreffende Klagerecht zu verfolgen. Es liefert aber auch die nachgewiesene Pflicht

---

12) l. 69 D. de reiv. (6. 1). S. Th. I, S. 260 ff. 272. — — 13) l. 2 pr. D. de her. vel act. (18. 4). — — 14) Gaj. II, 252. 253. 257. §. 6. 7 J. de fideic. her. (2. 23), Theoph. II, 23 §. 3. 5. 6. — — 15) l. 78 pr. D. de her. inst. (28. 5) . . . interpositis propter actiones cautionibus, d. h. unter Stellung der cautio, ratum haberi wegen der activen, und der cautio defensum iri wegen der passiven Klagerechte. — Cujac. opp. IV, p. 1046 sqq. — — 16) l. 16 pr. D. fam. herc. (10. 2). Schol. 1 zu Basil. XLII, 3 c. 15 (Heimb. IV, p. 256). — — 17) l. 57 D. sol. matrim. (24. 3) . . . cautionibus interpositis, ut sicut potest, vir jure suo cedat mulieri. S. Th. 1, S. 201 zu not. 50. — — 18) l. 16 D. com. div. (10. 3), Basil. XII, 2 c. 16 mit Schol. (Heimb. I, p. 810). Schol. 3 zu Basil. XI, 1 c. 85 (Heimb. I, p. 661). — — 19) l. 14 in f., l. 25 §. 1. 2 D. quae in fraud. cred. (42. 8), cf. Huschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 14, S. 60 f. — — 20) S. Th. II, S. 59. — — 21) l. 29 D. fam. herc. (10. 2). S. Th. I, S. 264 zu not. 41. S. 271 ff. Th. II, §. 27. — — 22) S. Th. II, S. 68 not. 26.

des Cedenten, dem Cessionar, und des Cessionars, dem Cessus die Zustimmung des Cedenten zu der litiscontestatio des Cessionars sicherzustellen, die entschiedenste Bestätigung der ohnehin schon in Gewißheit gesetzten Wahrheit, daß jene Zustimmung ein wesentliches Erforderniß des durch die litiscontestatio des Cessionars zu bewirkenden Forderungserwerbs ist.

B. Zweites Erforderniß.

Personen mit der allgemeinen Fähigkeit zu verfügen und der besonderen Fähigkeit, einerseits **durch** Andere, andererseits **für** Andere zu klagen.

§. 8. Der Klagauftrag führt schließlich in der Person des Cedenten zum Verluste und in der Person des procurator in rem suam zum Erwerbe eines Klagerechts. Natürlich muß also in der Person des Cedenten die allgemeine Fähigkeit zur Veräußerung, in der Person des procurator in rem suam die allgemeine Fähigkeit zum Erwerbe von Rechten vorhanden sein, so daß z. B. Unmündige nicht ohne Auctorität des Tutor, Minderjährige nicht ohne Consens des Curator zu cediren im Stande sind [1]).

Damit aber der procurator in rem suam direct im Namen des Cedenten klagen könne, ist außerdem erforderlich die besondere Fähigkeit auf Seiten des Cedenten, durch Andere, und auf Seiten des procurator in rem suam, für Andere zu klagen.

Dieses Erforderniß hängt zusammen mit zwei Edicten, welche der Prätor über die Zulässigkeit cognitorischer Vertretung erlassen hatte, theils um eine Reihe von Personen zu verhindern, sich durch Cognitoren vertreten zu lassen [2]), theils um einer noch größeren Anzahl von Personen zu untersagen, als Cognitoren aufzutreten [3]). Beide Edicte waren nämlich später auf die procuratorische, actorische und jede andere Vertretung durch folgendes dritte Edict ausgedehnt [4]):

Alieno nomine, item per alios agendi potestatem fa-

---

[1]) S. Th. 1, S. 4 not. 30. — — [2]) fr. Vat. §§. 322. 323. — Gaj. IV, 124. — — [3]) fr. Vat. §§. 323. 324. — Gaj. IV, 124. — Paul. sent. rec. I, 2 §. 1. — Quintil. instit. orat. III, 6 §. 71. VII, 1 §. 19. 20. — — [4]) fr. Vat. §. 322, cf. §. 323. — l. 43 §. 1 D. de procur. (3. 3), l. 19 §. 2 D. de probat. (22. 3). — Quintil. instit. orat. III, 6 §. 71. IV, 4 §. 6. VII, 1 §. 19. 20.

ciam in his causis, in quibus neve dent cognitores, neve dentur, edictum compraehendit.

Das Verbot, per alios zu klagen, betraf alle im Edict des Prätors als Infame bezeichnete Personen[5]), also alle Diejenigen, welche wegen eines Criminalverbrechens, wegen einiger Privatdelicte oder wegen gewisser obligatorischer Vertrauensverhältnisse verurtheilt worden waren, ferner welche sich gewisse ehrenrührige Handlungen in Beziehung auf das Geschlechtsverhältniß zu Schulden kommen ließen, und endlich welche gewisse schimpfliche Gewerbe betrieben [6]).

Der Grund liegt darin, daß es theils von Interesse war, die Unzuverlässigkeit des ehrlosen Gegners mit mehr Erfolg geltend machen zu können, wenn dieser persönlich vor Gericht erschien, theils für einen bedeutenden Ehrenvorzug galt, seine Processe durch Vertreter übernehmen und durchführen zu lassen [7]).

Zur Aufrechthaltung des Verbots diente eine sogenannte procuratorische Einrede [8]), deren Zulassung um so unbedenklicher war, je weniger das sonst so schätzbare Vorrecht, durch Stellvertreter die infamirende Wirkung mancher Klagen abwenden zu können [9]), für die an sich schon mit Infamie behaftete Partei Werth haben konnte.

Das andere Verbot, alieno nomine zu klagen [10]), steht in Verbindung mit dem Edicte, welches der Prätor über das Recht, zu postuliren, erlassen hatte. In diesem Edicte wird das Recht, mündliche Anträge vor Gericht zu machen, in dreifacher Abstufung entzogen, weshalb der Prätor drei Einzeledicte über diesen Gegenstand oder drei Klassen von Personen unterscheidet [11]), je nachdem verboten ist, sowohl für sich selbst als auch für Andere zu postuliren (in totum ne postulent [12]); oder zwar erlaubt ist, für sich selbst, dagegen unbedingt verboten ist, für Andere zu postuliren (pro aliis ne postulent [13]); oder endlich erlaubt ist, nicht bloß für sich selbst, sondern

---

[5]) §. 11 J. de except. (4. 13), Theophil. h. l. — cf. Paul. sent. rec. I, 2 §. 1. — Interpr. Visigoth. ad h. l. — — [6]) l. 1 D. de his, qui not inf. (3. 2). — cf. Marezoll über bürgerl. Ehre S. 106—204. — v. Savigny, Syst. Bd. 2, S. 173—185. — Weiske's Rechtslexic. Bd. 3, S. 616 ff. — — [7]) l. 25 C. de procur. (2. 13), l. 11 C. de injur. (9. 35), Nov. 71 c. 1. Nov. Th. C. 78 §. 1. — — [8]) §. 11 D. de except. (4. 13), Theophil. h. l. — l. 19 §. 1 D. de probatt. (22. 3). Gaj. IV, 124. — Quintil. institt. orator. IV, 4 §. 6. — — [9]) l. 6 §. 2, l. 14 D. de his, qui not. (3. 2), l. 2 D. de obseq. (37. 15), l. 1 pr. D. de his, qui not. (3. 2) . . suo nomine damnatus. — l. 10 C. depos. (4. 34). — — [10]) l. 2 §. 4 D. de except. (44. 1) . . qui dicit, non licere procuratorio nomine agere. — — [11]) l. 1 §. 1. 7. 9 D. de postul. (3. 1). — — [12]) l. 1 §. 1. 3 D. de postul. (3. 1). — — [13]) l. 1 §. 1. 5 D. de postul. (3. 1).

auch für andere durch Verwandtschaft, Schwägerschaft, Patronat verbundene oder besonders hülfsbedürftige Personen zu postuliren, und nur verboten ist, für alle Uebrigen mündliche Anträge zu stellen (pro omnibus ne postulent [14]).

In die erste Klasse gehören alle Menschen unter 17 Jahren [15]), alle Taube [16]) und Stumme [17]), auch nach späterem römischem Rechte personae illustres [18]) und Geistliche [19]); in die zweite Klasse gehören alle Frauen [20]) und Blinde [21]) und gewisse in höherem Grade ehrlose Personen (in turpitudine notabiles), namentlich arenarii, muliebria passi, capitalis criminis damnati und Diejenigen, welche sich zu Thierkämpfen vermiethet hatten [22]); in die dritte Klasse endlich gehören theils Diejenigen, welche durch Volksschluß, Senatsschluß, durch Edict oder durch Decret des Kaisers besonders in diesen Zustand versetzt worden [23]), z. B. nach Maßgabe des Edicts die Soldaten [24]), und nach einer — freilich in das Corpus jur. nicht aufgenommenen — Verordnung Justinians alle aus einer blutschänderischen Ehe Geborenen [25]), theils alle Diejenigen, welche im Edict des Prätors als Infame bezeichnet werden [26]).

Das ganze Edict über das Postuliren bezweckte, sowohl den würdigen Gang des Verfahrens und dadurch die Würde und das Ansehen des Gerichts selbst aufrecht zu erhalten [27]), als auch manche, aus sittlichen oder politischen Gründen zarterer Schonung bedürftige Verhältnisse vor den Gefahren der Oeffentlichkeit zu bewahren. Unerwachsene,

---

[14]) l. 1 §. 1. 7. 11, l. 2—5 D. de postul. (3. 1). — — [15]) l. 1 §. 3 D. de postul. (3. 1), §. 5. 7 J. qui et quib. ex caus. man. (1. 6), l. 12 C. de procur. (2. 13). Cujac. observ. XXII, 16 (opp. III, p. 645 sq.), cf. lex Rom. Burg. XII, l. 13 D. de manum. vind. (40. 2). — — [16]) l. 1 §. 3 D. de postul. (3. 1), l. 43 D. de procur. (3. 3). — — [17]) l. 43 pr. D. de procur. (3. 3). — — [18]) l. 25 C. de procur. (2. 13), Nov. 71 c. 1. §. 10 in f. J. de injur. (4. 4). — — [19]) Nov. Theod. C. 78 §. 1. — — [20]) l. 1 §. 5 D. de postul. (3. 1), l. 2 D. de reg. jur. (50. 17), l. 54 D. de proc. (3. 3), l. 18 C. eod. (2. 13), l. 5 C. Th. de cognit. (2. 12), lex Rom. Burg. XII. — cf. l. 41 D. de proc. (3. 3), l. 3 §. 2 D. de liber. caus. (40. 12). — Val. Max. VIII, 3. — — [21]) l. 1 §. 5 D. de postul. (3. 1). — — [22]) l. 1 §. 5. 6 D. de postul. (3. 1). — — [23]) l. 1 §. 8 D. de postul. (3. 1). — — [24]) l. 13 C. de procur. (2. 13) . . ratio perpetui Edicti. — cf. Thalel. zu Basil. VIII, 1 c. 81 (Heimb. I, p. 403). — Ferner: l. 8 §. 2, l. 54 pr. D. de proc. (3. 3), l. 7, l. 9 C. eod. (2. 13), l. 5 C. de condict. ob caus. dat. (4. 6), l. 31 C. de locato (4. 65), §. 11 J. de except. (4. 13), l. 6 C. Th. de cognit. (2. 13). — l. 3 §. 1 D. de liber. caus. (40. 12). — — [25]) S. Rhein. Mus. Bd. 3, H. 1, S. 121 ff. — — [26]) l. 1 §. 8 D. de postul. (3. 1), cf. fr. Vat. §. 324. — Paul. sent. rec. I, 2 §. 1. Interpr. Visig. ad h. l. — fr. Vatic. §. 322. 325. — §. 11 J. de exc. (4. 13), Theoph. h. l. — lex Rom. Burg. XII. — Quintil. institt. orat. III, 6 §. 75. — — [27]) l. 1 pr. D. de postul. (3. 1).

Taube, Stumme, Blinde aus Rücksicht auf geistige oder körperliche Unvollkommenheit, Frauen aus Rücksicht auf weibliche Sittsamkeit[28]), Soldaten aus Rücksicht auf militairische Disciplin[29]), vornehme Personen und Geistliche aus Rücksicht auf ihren Stand[30]) sollten ohne Noth und aus bloßer Willkür ebenso wenig vor Augen gestellt und mit Proceßführung beschäftigt werden, wie ehrlose Menschen. Deshalb konnte sie der Prätor von Amtswegen zurückweisen, auch wenn der Gegner nichts wider sie zu erinnern hatte[31]). Aber auch der Gegner sollte in der Regel nicht gezwungen sein, mit einer untauglichen oder ehrlosen Person zu verhandeln; darum war auch ihm in diesem Falle eine sogenannte procuratorische Einrede gegeben[32]).

Die procuratorische Einrede, welche in factum concipirt war und als verzögerliche Einrede[33]) vor der Einlassung vorgeschützt werden mußte, wenn sie überhaupt Berücksichtigung finden sollte[34]), hatte hiernach einen doppelten Grund und Zweck. Sie fand Statt sowohl wenn Unberechtigte einen Vertreter ernannt hatten, um das Klagen durch Andere (per alios) zu verhindern, als auch, wenn ein Unberechtigter zum Vertreter ernannt war, um dem Klagen für Andere (alieno nomine) vorzubeugen, und äußerte in beiden Fällen die gleiche Wirkung, daß die Zurückweisung des Vertreters, welcher nicht zeitig von der Proceßführung abstand, sondern es zur litiscontestatio kommen ließ, nach älterem Rechte wegen eingetretener Proceßconsumtion nicht bloß den Vertreter, sondern auch den nicht ohne seinen Willen Vertretenen für immer von der Klagerneuerung ausschloß[35]), nach neuerem Rechte zwar dem selbst mit seinem Willen Vertretenen die Klagerneuerung gestattete, jedoch für den Vertreter den alten Erfolg beibehielt[36]).

---

[28]) l. 1 §. 5 D. de postul. (3. 1). — Valer. Maxim. VIII, 3. cf. l. 1 §. 7 D. de susp. tutor. (26. 10). l. 14 C. de contrah. et committ. stipul. (8. 38). — — [29]) l. 7, l. 9 C. de procur. (3. 3), l. 31 C. de locato (4. 65). Thalel. zu Basil. VIII, 2 c. 8 (Heimb. I, p. 403). — — [30]) Nov. 71 praef. Nov. Theod. C. 78 §. 1. — — [31]) l. 7 D. de postul. (3. 1), l. 8 §. 2 D. de procur. (3. 3), Paul. sent. rec. I, 2 §. 1. — Interpr. Visig. ad h. l. — l. 25 C. de proc. (2. 13). — — [32]) Gaj. IV, 124. — l. 19 §. 2 D. de probat. (22. 3), l. 2 §. 4, l. 3 D. de except. (44. 1), l. 6 D. de op. n. n. (39. 1), l. 29 §. 4 D. mand. (17. 1), l. 39 §. 3 D. de damn. inf. (39. 2), l. 13 C. de procur. (2. 13) . . praescriptio militiae. — — [33]) Gaj. IV, 124. — l. 2 §. 4, l. 3 D. de except. (44. 1), §. 11 J. de except. (4. 13). — — [34]) l. 8 §. 2, l. 57 §. 1 D. de proc. (3. 3), l. 13 C. eod. (2. 13). — cf. Gaj. IV, 125. — l. 12 C. de exc. (8. 36), l. 19 C. de probat. (4. 19). — Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 87 (Heimb. I, p. 408). — — [35]) Gaj. IV, 123. 124. — §. 10. 11 J. de except. (4. 13), Theophil. h. l. — cf. Schrader ad Institt. p. 664. 666. 710. — — [36]) §. 10 J. de exc. (4. 13).

Das alles traf aber nicht allein bei den cognitores und procuratores in rem alienam, sondern auch bei den direct in fremdem Namen klagenden cognitores und procuratores in rem suam zu, wie zum Ueberfluß Paulus in den sententiis receptis mit folgenden Worten bestätigt [37]):

In rem suam cognitor procuratorve ille fieri potest, qui pro omnibus postulat.

Denn wenn Paulus zum cognitor und procurator in rem suam nur Denjenigen zuläßt, welcher für Alle postuliren darf, so schließt er damit nicht bloß die Infamen — wie der Westgothischen Auslegung zufolge etwa vermuthet werden könnte [38]) —, sondern ganz allgemein — wenngleich immerhin unter stillschweigendem Vorbehalt gewisser Milderungen [39]) — alle Diejenigen aus, welche in der ersten, zweiten und dritten Klasse des Edicts de postulando gerichtliche Fürsprecher und Vertreter Anderer zu sein, für unfähig erklärt sind. Freilich ist hinsichtlich des Edicts, dessen ganzer Inhalt über die Fähigkeit, durch Andere (per alios) und für Andere (alieno nomine) zu klagen, sich verbreitet, direct nur ausgedrückt, daß derjenige Theil, welcher gewissen Personen für Andere (alieno nomine) zu klagen verbot, auf cognitores und procuratores in rem suam angewandt worden sei; allein da der Grund der gleichen Anwendung auf die zu fremdem und die zu eignem Vortheil klagenden Vertreter fremder Klagerechte in der formellen Gleichartigkeit beider Verhältnisse zu suchen ist und diese Gleichartigkeit auch in Betreff des anderen Edicttheils eintritt, welcher gewisse Personen an der Aufstellung gerichtlicher Vertreter verhindert, so ist indirect auch die Ausdehnung des in diesem Theile enthaltenen Verbots auf cognitores procuratoresve in rem suam dargethan.

Gäbe es für den cognitor procuratorve in rem suam keine andere Klagform, als das directe agere alieno nomine, wie dieses ja nach Vorjustinianeischem Rechte bei den auf Schenkung gegründeten Cessionen in der That der Fall war [40]): so würden hiernach alle Ehrlose unfähig sein, zu cediren, und außer allen Ehrlosen auch alle Menschen unter 17 Jahren [41]), alle Taube, Stumme, Blinde, personae illustres und Geistliche, ja selbst alle Frauen und Soldaten unfähig sein, Cessionen zu übernehmen. Wirklich ist die Regel, welche die Cession, was das directe agere alieno nomine anlangt, in diese engen Grenzen einschließt, auch im neuesten römischen Rechte festge-

---

37) Paul. sent. rec. I, 1 §. 3. — 38) Interpr. Visig. ad h. l. — Nec procurator in causa aliena, nec procurator et dominus, ut pro re sua agat, infamis persona fieri potest. — — 39) S. S. 84 ff. — — 40) S. Th. I, S. 20 ff. — — 41) Nach canon. Rechte sogar alle Menschen unter 25 Jahren. c. 5 §. 2 in V^to de procur. (1. 19).

halten und nur in einigen Beziehungen theils durch Zulassung einer replicatio doli zu Gunsten der Frauen und Soldaten, theils durch die allgemeine Abschaffung der auf Infamie gegründeten exceptio procuratoria gemildert worden.

Was I. die replicatio doli betrifft, so heißt es über die Soldaten bei Ulpian zwar nur, daß sie zu procuratores in rem suam bestellt werden können[42]), aber folgendes Rescript fügt den Grund hinzu:

Imp. Alexander A. Aufidio [43]).

Qui stipendia merentur, suis officiis superesse inoffensa disciplina possunt. Nec potest dici, eum, qui honesta et verecunda praecedente causa mandatas sibi actiones exercuerit, alieno negotio fungi; cum, licet contentio[44]) ex persona alterius bona fide sumatur, hunc tamen rem suam gerere non ambigatur. Quod militibus meis interdici non modo absurdum, verum etiam iniquum est.

Von diesem Rescripte giebt die Basilikeninterpretation eine Uebersetzung, worin der Mittelsatz so lautet[45]):

ὁπότε καὶ εἰ ἰντεντίων ἐκ προσώπου ἄλλου μετὰ πίστεως καλῆς λαμβάνεται, νῦν ὅμως τὸ ἴδιον πρᾶγμα χειρίζειν οὐκ ἀμφιβάλλεται.

Hieraus erhellet, daß die in den Codex aufgenommenen Worte: contentio und hunc erst von Tribonian an die Stelle der ursprünglichen Ausdrücke: intentio und nunc (*νῦν*) gesetzt sind. Die ursprüngliche Lesart bestätigt, daß früher über den Begriff der eignen und fremden Angelegenheit lediglich der formelle, juristische Gesichtspunkt entschieden hat, ohne durch die materielle, wirthschaftliche Rücksicht, welche den Kaiser bei seinem Rescripte leitet, gemildert zu werden; denn der Sinn des Rescripts ist doch wohl folgender:

„Wer um Sold dient, darf unbeschadet der Disciplin seinen eigenen Angelegenheiten vorstehen[46]). Nun kann aber nicht gesagt werden, daß Derjenige, welcher die ihm aus einem anständigen und ehrbaren Rechtsgrunde aufgetragenen Klagen geltend macht, ein frem-

---

[42]) l. 8 §. 2 D. de procur. (3. 3). — — [43]) l. 9 C. de procur. (2. 13). — Basil. VIII, 2 c. 83 (Heimb. I, p. 404 sq.). — S. Th. 1, S. 33. — — [44]) Contentio statt intentio findet sich öfter, z. B. in l. 18 pr. D. de probat. (22. 3), l. 22 pr. D. de aqua et aqu. pl. (39. 3), l. 7 pr. D. de injur. (47. 10), l. 2 pr. D. si serv. (8. 5), Paul. sent. rec. II, 31 §. 22. — — [45]) Interpr. I. zu Basil. VIII, 2 c. 83 (Heimb. I, p. 405 not. n) cum, licet intentio ex persona alterius bona fide sumatur, nunc tamen rem suam gerere non ambigatur. — — [46]) §. 11 J. de exc. (4. 13) . . (milites) suis negotiis superesse sine offensa disciplinae possunt. — cf. Theophil. h. l.

des Geschäft besorgt, da jetzt nicht bezweifelt wird, daß er, obwohl er die intentio aus der Person des Mandanten gutgläubig entnimmt, dennoch (in wirthschaftlicher Beziehung) seine eigne Sache betreibt[47]), wasnmeinen Soldaten untersagen zu wollen nicht bloß widersinnig, sondern auch unbillig sein würde."

Die formelle, juristische Ansicht, wonach Derjenige, welcher mit einer aus der Person eines Anderen entlehnten intentio klagt, ein fremdes Geschäft besorgt, hat früher urbedingt Geltung gehabt und deshalb die exceptio procuratoria gegen den Soldaten selbst dann durchschlagen lassen, wenn dieser in fremdem Namen gutgläubig als procurator in rem suam klagte. Zu des Kaisers Alexander Zeiten ist aber dem Soldaten mit Rücksicht darauf, daß er als procurator in rem suam selbst durch Anwendung jener Klagform ein wirthschaftlich eignes Geschäft betriebe, und dergleichen Geschäfte unter jeder Form zu betreiben nach dem Sinne der Militairvorschriften, wenn auch nicht nach deren Worten, unbehindert sein sollte, gestattet worden, der exceptio procuratoria eine replicatio doli entgegenzusetzen. Diese replicatio entkräftete jedoch die exceptio procuratoria nur unter den beiden Voraussetzungen, daß dem mandatum agendi eine sittlich und rechtlich untadelhafte Veranlassung (honesta et verecunda causa) zum Grunde lag, und der procurator in rem suam in gutem Glauben aus der Person des Cedenten Klage erhob. Entbehrte das mandatum agendi einer gerichtlich zu billigenden Veranlassung, war dasselbe z. B.. zum Zweck verbotener Schenkung ertheilt worden, so erschien es nicht mehr als ein mandatum in rem suam, sondern als ein durch den ungültigen Verzicht des Schenkers auf die mandati actio contraria den Mandatar von der Restitutionspflicht gegen den Mandanten nicht befreiendes mandatum in rem alienam, welches billig nach den Worten der Militairvorschriften behandelt wurde, mithin den im Namen des Mandanten klagenden Soldaten der exceptio procuratoria unterworfen sein ließ. Und war selbst ein rechtsbeständiges mandatum in rem suam vorhanden, der Soldat klagte aber nicht etwa, weil es die gewöhnlichen Verhältnisse so mit sich brachten, gutgläubig, sondern weil er aus Geschäften der Art ein gewinnbringendes Gewerbe machte, mit bewußter Verletzung der ihm dergleichen Redemtionen verbietenden Militairgesetze[48]), bös-

---

[47]) cf. l. 20 §. 1 D. de appell. (49. 1), l. 1 §. 11. 12 D. quando appell. (49. 4). S. S. 14. — — [48]) l. 7 C. de procur. (2. 13) Alexand. — Militem nec pro patre vel matre vel etiam uxore, nec ex sacro rescripto procuratorio nomine experiri oportet: cum neque defensionem alienam suscipere, vel redimere negotia, vel quasi suffragato-

gläubig, so war abermals kein Grund vorhanden, die exceptio procuratoria im Interesse des Soldaten durch eine replicatio doli unwirksam zu machen. Der Basilikeninterpret hat daher vollkommen Recht, zu schreiben[49]):

Διὰ τοῦτο προσέθηκεν ἡ διάταξις τὸ βόνα φίδε, ἵνα ἐὰν ὡς ἐργολάβος δίκην ἀλλοτρίαν ἀγοράσει, καὶ εἰσέλθῃ κινῶν ἀλιενόμινε, εἰ καὶ αὐτὸς μέλλει κερδαίνειν τὰ ἀπαιτούμενα, ὅμως ἐκβληθείη κατὰ τὴν ζ. διάταξιν τὴν ἀπαγορεύουσαν αὐτῷ ἀγοράζειν δίκας ἀλλοτρίας. χρὴ οὖν τὰ δύο συντρέχειν, ἵνα καὶ αὐτὸς κερδαίνῃ τὰ ἀπαιτούμενα, καὶ ἵνα πίστει καλῇ παρεμβάλλῃ ἑαυτόν, εἰ καὶ ἀλιενόμινε τὴν ἰντεντίονα ποιεῖται.

Denn diese Worte, welche gegen den als procurator in rem suam in des Cedenten Namen klagenden Soldaten die exceptio procuratoria zwar, soweit die replicatio doli reicht, ausschließen, darüber hinaus aber zulassen, bekräftigen auf das Entschiedenste die Richtigkeit unserer Ansicht.

Dieselbe Ansicht erprobt sich bei der ferneren Milderung, welche zu Gunsten der Frauen gemacht ist. Hier schreibt freilich zunächst

Paulus lib. 1 Sententiar.[50]).

Feminae in rem suam cognitoriam operam suscipere non prohibentur.

allein die demgemäß den Frauen ertheilte Erlaubniß, zu eignem Besten als cognitrices aufzutreten, ist dann durch die Kaiser Sever und Antonin allgemein dahin ausgedehnt worden, daß Frauen (formell-) fremde Geschäfte besorgen dürfen, si in rem suam et proprium lucrum mandatae sint actiones[51]). Zugleich drückt sich die Westgothische Erklärung zu obiger Sentenz des Paulus deutlicher dahin aus[52]):

Feminae licet procurationem suscipere prohibeantur, ta-

---

rem accedere, utilitate publica permittatur. — 224. — cf. Basil. VIII, 2 c. 81 et Schol. Thalelaei (Heimb. I, p. 403 sq.). — — [49]) Interpr. II. zu Basil. VIII, 2 c. 83 (Heimb. I, p. 405): Ideo constitutio addidit „bona fide", ut, si tanquam redemtor alienam litem emerit et alieno nomine expertus fuerit, licet ipse, quod petitur, lucraturus sit, vel sic repellatur secundum const. 7, quae ipsi aliena negotia redimere vetat. Duas igitur res concurrere oportet, ut et ipse, quod petitur, lucretur, et ut bona fide ad negotium accedat, licet alieno nomine intentionem faciat. — — [50]) Paul. sent. rec. I, 2 §. 2. — — [51]) l. 4 C. de procur. (2. 13). cf. Interpret. VI. zu Basil. VIII, 2 c. 78 (Heimb. I, p. 402). — l. 1 C. de O. et A. (4. 10) als ein an eine Cessionarin gerichtetes Rescript. S. S. 52 ff. — — [52]) Bei Schulting, Jurispr. Antej. p. 213.

men si dominae et procuratrices fiant, propter rem jam suam[53]) agere possunt.

Danach sollen Frauen zwar in der Regel behindert sein, gerichtliche Vertretungen zu übernehmen, jedoch wenn sie in rem suam zu Procuratorinnen bestellt sind, ausnahmsweise klagen können, weil die Sache durch das mandatum agendi bereits ihre eigne geworden ist. Das heißt doch wohl nichts anderes, als: weil die Frauen durch das mandatum agendi bereits utiliter im eignen Namen eine Klage bekommen haben und daher auch, wenn sie direct im Namen des Cedenten klagen, der exceptio procuratoria mit der replicatio doli zu begegnen berechtigt sein müssen. Ist dieses richtig, so ist wiederum der Grund für die Unwirksamkeit der exceptio procuratoria darein gesetzt, daß selbst die als procuratrices in rem suam in fremdem Namen klagenden Frauen nach wirthschaftlicher Ansicht nur eine eigne Angelegenheit besorgen, und an der Besorgung wirthschaftlich eigner Angelegenheiten billig nicht behindert werden dürfen. Daraus folgt schließlich, daß abermals die exceptio procuratoria zwar innerhalb des Bereichs der replicatio doli unwirksam oder unzulässig geworden, über dasselbe hinaus aber wirksam und zulässig geblieben ist.

II. Allgemein aufgehoben ist dagegen die auf Infamie gegründete exceptio procuratoria. Ueber diese sagt Justinian[54]):

. . . eas vero exceptiones, quae olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo perspeximus modo, conquiescere sancimus, ne, dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

Weil man von jeher dafür gehalten hatte, daß es mit dem guten Glauben unvereinbar sei, statt auf die Sache selbst einzugehen, über apices juris zu streiten, zu denen man unter anderem die Frage rechnete, ob durch oder für Andere geklagt werden dürfe[55]), so war die auf Infamie sowohl des Vertretenen als des Vertreters gerichtete Legitimationseinrede in den Gerichten außer Gebrauch gekommen[56]); eine Entwickelung, welche Justinian so sehr billigt, daß er sie durch ausdrückliche Abschaffung dieser Einrede gesetzlich bestätigt.

---

[53]) Cujac. liest statt dessen: pro re jam sua; allein gegen die Autorität von Sich. und Rittersh. — — [54]) §. 11 J. de exc. (4. 13). — — [55]) l. 29 §. 4 D. mand. (17. 1), cf. l. 1 C. de consort. (3. 40). — — [56]) Theophil. IV, 12 §. 11. — Marezoll über bürgerliche Ehre S. 215 ff. versteht die Worte: in judiciis nullo modo frequentari unrichtig.

Fortan ist also das Klagen durch Andere den Ehrlosen unbeschränkt gestattet und das Klagen für Andere (alieno nomine) den Ehrlosen wenigstens insofern erleichtert, als sie nicht mehr durch den Gegner mittelst einer exceptio procuratoria, sondern nur noch, soweit das öffentliche Interesse erfordert, durch die Richter von Amtswegen entfernt werden sollen[57]).

Hiernach darf angenommen werden, daß nach Justinianeischem Rechte ehrlose Personen nicht bloß als Cedenten procuratores in rem suam mit der Befugniß, direct alieno nomine zu klagen, bestellen können, sondern auch in der Regel als procuratores in rem suam an der Befugniß, direct im Namen des Cedenten zu klagen, nicht mehr behindert sein werden.

Die exceptio procuratoria hat auf diese Weise von dem Bereiche ihrer ursprünglichen Geltung in Betreff der procuratores in rem suam allerdings ein erhebliches Stück verloren, ist aber doch nach wie vor von Wirkung, wenn Personen unter 17 Jahren, Taube, Stumme, Blinde, personae illustres und Geistliche[58]) als procuratores in rem suam direct im Namen des Cedenten zu klagen versuchen.

Drittes Erforderniß.

Klagerechte, tauglich zu processualischer Delegation, und auf eine Leistung gerichtet, welche überhaupt und ohne Veränderung ihres Wesens Namens des Cedenten dem procurator in rem suam zu schließlich eignen, durch die causa der Cession bestimmten Zwecken geschehen kann.

§. 9. Wir reden hier nicht von der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Klagauftrags, welcher einen procurator in rem suam aufzustellen

---

57) v. Savigny, Syst. Bd. 2, S. 218. Marezoll a. a. O. S. 215 ff. — Das geistliche Recht hat die exceptio procuratoria wegen Infamie, wenigstens was den infamen Vertreter anlangt, wiederhergestellt. Es heißt in Gratian's Decrete (c. 1 C. 3. qu. 7): Infamis persona nec procurator esse potest, nec cognitor. Ob mit dieser Bestimmung auch der procurator in rem suam hat betroffen werden sollen, mag dahin gestellt bleiben, da die Frage schwerlich von praktischer Erheblichkeit sein dürfte. Vergl. übrigens v. Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter Bd. 2, §. 20. — — 58) Der Zweifel, ob das Verbot des Kaisers Theodosius (Nov. c. 78 c. 1), wonach Geistliche nicht postuliren sollen, in das Justinianeische Recht übergegangen sei, wird praktisch unerheblich durch das canonische Recht, welches den Geistlichen — gewisse Ausnahmen abge-

bezweckt. Dieser Punkt ist schon im ersten Theile erörtert [1]). Wir setzen vielmehr ein gültig ertheiltes mandatum agendi voraus und fragen nun:

I. Welche Klagerechte des Cedenten sind geeignet, in Form der obligatio judicii durch die litiscontestatio des procurator in rem suam in dessen Vermögen überzugehen?

Die Antwort lautet: Alle möglichen Klagerechte, wenn sie nicht entweder

A. der condemnatio entbehren,

oder

B. zwar mit der condemnatio versehen, jedoch rechtshängig, bedingt oder betagt sind.

Zu A. Es ist bekannt, daß eine Anzahl von Klagen, welche im Gegensatz eigentlicher actiones praejudicia genannt werden [2]), auf keine Verurtheilung angelegt sind, sondern lediglich bezwecken, ein concretes Rechtsverhältniß oder eine rechtlich erhebliche Thatsache zu ermitteln und zu künftigem Gebrauche festzustellen [3]). Diese Klagen sind nicht unmittelbar auf eine Vermögensleistung gerichtet, werden daher durch die litiscontestatio zwar consumirt, nicht aber in eine obligatio condemnari oportere umgeschaffen, und das ist der Grund, weshalb ihrer auf die intentio beschränkten Formel die condemnatio fehlt [4]), oder dasjenige Stück, welches gerade der durch processualische Novation entstehenden obligatio condemnari oportere Ausdruck zu geben bestimmt ist.

Ohne processualische Novation kann natürlich auch von einer processualischen Delegation keine Rede sein. Der im Namen eines Anderen klagende Vertreter ist vielmehr unter allen Umständen unvermögend, außer der als Folge der litiscontestatio, beziehungsweise pronuntiatio judicis, ohne Weiteres für und wider den Vertretenen wirksamen exceptio rei judicium deductae und exceptio rei judicatae [5]) für sich selbst eine actio judicati zu begründen.

---

rechnet — ganz entschieden untersagt, für Andere zu postuliren. c. 1. 2. 3 X. de postul. (1. 37), c. 1. 3. 8 X. ne cleric. vel monach. saecul. negot. se immisceant (3. 50).

[1]) S. §. 9 S. 51—70. — — [2]) l. 35 §. 2 D. de procur. (3. 3). Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 35 §. 2 (Heimb. I, p. 373). — — [3]) §. 13 J. de act. (4. 6). — Gaj. IV, 44. III, 123. — l. 30 D. de reb. auctor. jud. possid. (42. 5), Paul. sent. rec. V, 9 §. 1. — — [4]) Gaj. IV, 44. — Theophil. IV, 6 §. 13. — Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 35 §. 2 (Heimb. I, p. 373). — — [5]) Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 40 §. 1. 2 (Heimb. I, p. 379, cf. not. h), cf. l. 9 §. 2, l. 42 D. de liberal. causa (40. 12), l. 1 §. 4 D. de lib. exhib.

Da nun vermittelst solcher Präjudicialklagen namentlich die Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse rein persönlicher Art, z. B. ob Jemand Kind dieses Vaters[6]), ob libertus dieses Patrons oder nicht[7]), ob Sklav dieses Herrn oder frei sei[8]) u. s. w., zur Entscheidung gebracht werden, so erhellt schon aus der Form die dem innern Wesen durchaus entsprechende Unmöglichkeit, dergleichen Klagen durch processualische Delegation auf Andere zu übertragen.

Zu B. Die Klagerechte, welche der condemnatio nicht entbehren, mithin unmittelbar eine Vermögensleistung verfolgen, sind untauglich zur processualischen Delegation, wenn sie rechtshängig, bedingt oder betagt sind, und zwar

1. wenn sie rechtshängig, d. h. durch die litiscontestatio des Cedenten bereits in judicium deducirt sind, deshalb, weil die litiscontestatio nicht wiederholt werden kann[9]), mithin das einzige Mittel, welches in der Hand des procurator in rem suam die processualische Delegation bewirken könnte, schon erschöpft und unwiderbringlich verbraucht worden ist. Erst die actio judicati, welche abermals durch Zugeständniß, Eid oder litiscontestatio novirt wird[10]), ist zur processualischen Delegation wieder geeignet[11]). Es scheint also ohne Weiteres gewiß zu sein, wird aber auch später noch besonders erwiesen werden[12]), daß da, wo wir in den Rechtsbüchern einer Uebertragung rechtshängiger Klagerechte begegnen[13]), dieselbe nicht durch processualische Delegation, sondern mittelst der Verleihung eines vom procurator in rem suam im eignen Namen zu betreibenden utile judicium ist bewerkstelligt worden.

Das im jüngeren römischen Rechte gegen die Cession streitiger Forderungen erlassene Verbot kann demnach nur dergleichen Verleihungen eines utile judicium haben verhindern wollen.

(43. 30). — — [6]) l. 3 §. 2. 5, l. 1 §. 16 D. de agnosc. lib. (25. 3), l. 1 §. 2 D. de reiv. (6. 1), l. 9 C. de patr. pot. (8. 47). — — [7]) l. 6 D. si ingen. (40. 14), l. 14, l. 18 pr. D. de probat. (22. 3), l. 5 §. 18 D. de agnosc. lib. (25. 3), l. 27 §. 1 D. de liberal. caus. (40. 12), l. 8 §. 1 D. de in jus voc. (2. 4). — — [8]) l. 7 §. 5 D. de liber. caus. (40. 12), l. 14 D. de prob. (22. 3). — — [9]) Gaj. IV, 106—108. III, 181. — Quinctil. VII, 6, 4. — — [10]) Gaj IV, 9. 171. Paul. sent. rec. I, 19 §. 1. l. 1 pr. D. quae sentent. sine appell. (49. 8), l. 75 D. de judic. (5. 1), l. 28 §. 8 D. de jurej. (12. 2), l. 17 §. 2 D. sol. matrim. (24. 3), l. 41 §. 1 D. de fidej. (46. 1), l. 11 D. ad SCt. Maced. (14. 6), l. 40 pr., l. 41 D. de minor. (4. 4). — — [11]) l. 1 C. de contrar. jud. tut. (5. 58). S. Th. I, S. 62 f. — l. 6 D. de instr. legat. (33. 7). — — [12]) S. Th. II, §. 29. — — [13]) l. 2 §. 8 D. de her. vel act (18. 4), l. 13 §. 12 D. de act. E. V. (19. 1), l. 4 C. de litigios. (8. 37). Interpr. Visigoth. ad l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12).

2. Bedingte Forderungen können nicht in judicium deducirt werden, weil sie kein deberi zum Gegenstande haben [14]) und ein judicium nicht anzunehmen ist, ante quam aliquid debeatur [15]). Hieraus folgt, daß bedingte Forderungen — wenn sie nicht noch vor dem Urtheile durch Eintritt der Bedingung rückwärts unbedingt werden [16]) — weder zur processualischen Consumtion, noch zur Entstehung einer obligatio condemnari oportere geeigneten Stoff liefern [17]), daß ebendaher der direct im Namen des Cedenten klagende procurator in rem suam, welcher nicht mehr Rechte haben kann als der in Person klagende Cedent, außer Stande ist, durch litiscontestatio sowohl das bedingte Recht des Cedenten aufzuheben, so daß der Cedent nach Eintritt der Bedingung auf's Neue zu klagen ipso jure oder ope exceptionis rei in judicium deductae verhindert wäre, als auch für sich selbst eine obligatio condemnari oportere zu begründen, so daß er auf Erwerb der actio judicati Hoffnung haben dürfte.

Darauf bezieht sich ohne Zweifel folgende Stelle:

Ulpianus lib. 34 ad Edictum [18]).

Legata sub conditione relicta non statim, sed cum conditio extiterit, deberi incipiunt, ideoque interim delegari [19]) non potuerunt.

Die Unmöglichkeit, bedingt hinterlassene Legate vor Eintritt der Bedingung zu delegiren, ist nicht zu verstehen weder von der Unmöglichkeit, dieselben vor Eintritt der Bedingung einem procurator in rem suam zur künftigen Einklagung zu mandiren, noch von der Unmöglichkeit, dieselben vor Eintritt der Bedingung durch stipulatio zu

---

[14]) l. 213 pr. D. de V. O. (45. 1), l. 13 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1), cf. l. 5 §. 2 fin. D. de liber. leg. (34. 3), l. 16, l. 18 D. de condict. indeb. (12. 6). — Schol. zu Basil. II, 3 c. 169 §. 1 (Heimb. I, p. 80). — — [15]) l. 35 D. de judic. (5. 1), l. 1 §. 4 D. quando dies ususfr. leg. ced. (7. 3). — — [16]) l. 5 C. de contrah. et committ. stipul. (8. 38). — — [17]) l. 4 §. 9 D. de aedil. ed. (21. 1), l. 13 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 21, l. 36 D. de solut. (46. 3), l. 36, l. ult. pr. D. de reb. cred. (12. 1), l. 116 D. de V. O. (45. 1), l. 1 §. 4 D. quando dies ususfr. (7. 3). — cf. l. 41 D. de fidej. (46. 1), l. 6 pr. D. de novat. (46. 2), l. 2 C. de fidej. tut. (5. 57). — Ueber die scheinbar entgegenstehenden §. 33 J. de act. (4. 6) und l. 25 §. 1 D. quando dies legat. (36. 2) s. Th. I, S. 58 not. 56. — — [18]) l. 41 D. de condit. (35. 1). S. Windscheid in der krit. Zeitschr. v. Dernburg S. 47. Unbefriedigende Erklärungen bei Fitting, Zurückziehung S. 59 ff. — Krit. Ueberschau Bd. 5 S. 36. Köppen in Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5, S. 215 not. 211. Römer, bedingte Novation S. 35 f. — — [19]) Haloand. und die Vulg. lesen gegen die Auctorität der Florent. und der Basil.: legari.

noviren und auf einen Anderen zu übertragen; denn das eine ist ebenso gewiß möglich[20]) als das andere[21]). Die Unmöglichkeit der Delegation kann auch nicht mit der Glosse von der Unmöglichkeit sofort schon vor Erfüllung der Bedingung eintretender Wirksamkeit der zum Zweck der Delegation geschlossenen Stipulation verstanden werden, weil dieser Satz freilich vollkommen wahr, aber auch vollkommen unbezweifelt ist und daher ebenso trivial als schlecht ausgedrückt sein würde. Die Unmöglichkeit, daß bedingt hinterlassene Legate delegirt werden, wird sich vielmehr auf die Unmöglichkeit der durch litiscontestatio zu vollführenden delegatio beziehen, wie dieses die Griechen bestätigen, indem die Synopsis, Attaliata und Tipucitus delegari mit *μεταφέρεσθαι* übersetzen, einem Worte, welches mindestens ebenso passend von der durch litiscontestatio, als von der durch stipulatio bewirkten Uebertragung gebraucht wird, Harmenopulus aber statt der Unmöglichkeit, delegirt zu werden, der Unmöglichkeit, eingeklagt zu werden, erwähnt, was genugsam andeutet, daß *μεταφέρεσθαι* im Sinne der durch litiscontestatio bewirkten Uebertragung zu nehmen ist[22]).

Es würde indeß irrig sein, die Unmöglichkeit, durch litiscontestatio delegirt zu werden, auf bedingte Legatsforderungen zu beschränken, da bedingte Contractsforderungen von dem durch Ulpian angeführten Grunde, daß sie nicht sofort, sondern erst mit dem Eintritt der Bedingung geschuldet zu werden beginnen (deberi incipiunt), ebensowohl betroffen werden[23]), mithin die zwischen bedingten Legats- und bedingten Contractsforderungen sonst bestehende Verschiedenheit, daß hier Zurückziehung Statt findet, dort nicht[24]), oder, wie allerdings auch wohl gesagt wird, daß hier schon ein creditor vorhanden sei, dort nicht[25]), von Ulpian außer Frage gelassen ist.

Können aber bedingte Forderungen ebenfalls nur als utiles actiones suo nomine übertragen werden, so muß auch allenthalben, wo wir deren Uebertragung bezeugt finden, stillschweigend jene Form unterstellt sein[26]).

---

[20]) l. 17, l. 19 D. de her. vel act. (18. 4), l. 3 C. de donat. (8. 54). — — [21]) l. 8 §. 1. 2 D. de nov. (46. 2), l. 21 D. de acceptil. (46. 4), l. 4 D. de transact. (2. 15), cf. Fitting, Zurückzieh. S. 59 ff. Römer, bedingte Novation S. 33 ff. — — [22]) Basil. XLIV, 19 c. 44 (Heimb. IV, p. 444). — — [23]) l. 213 D. de V. S. (50. 16), §. 4. 6 J. de V. O. (3. 16). — — [24]) l. 81 §. 1 D. de condit. (35. 1), l. 27 pr. D. qui et a quib. man. (40. 9), l. 28 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 5 §. 7, l. 14 §. 3 D. quando dies legat. (36. 2), l. 18 D. de reg. jur. (50. 17), l. 113 §. 11 D. de legat. I (30). — — [25]) l. 42 pr. D. de O. et A. (44. 7), l. 27 pr. D. qui et a quib. manum. (40. 9), cf. Gerber, Beitr. zum Klagegrunde S. 153 f. — — [26]) l. 17, l. 19 D. de her. vel. act. (18. 4), l. 45 §. 1, l. 73 §. 1 D. ad leg. Falcid. (35. 2),

Zweifel erregen könnte freilich ein Rescript des Kaisers Decius aus dem Jahre 251 des Inhalts[27]:

Spem futurae actionis plena intercedente donatoris voluntate posse transferri non immerito placuit.

Denn wenngleich unter spes futurae actionis nicht gerade eine bedingte Forderung zu verstehen ist, obgleich auch bei der letzteren von einer spes obligationis oder spes debitum iri gesprochen zu werden pflegt[28]), so würde doch jede sonstige Hoffnung einer künftigen Forderung, so lange sie bloß Hoffnung ist, der Uebertragung durch processualische Delegation nur noch weniger fähig sein. Gestattete nun dessenungeachtet das vorjustinianeische Recht im Fall der Forderungsschenkung, von der das Rescript handelt, allein die durch processualische Delegation zu bewirkende Uebertragung[29]), so liegt ein Widerspruch vor, der nur durch Annahme einer Interpolation zu lösen ist. In der That erklärt aber auch der Basilikenscholiast Theodorus[30]) unser Rescript gerade durch Heranziehung derjenigen Justinianeischen Constitution, welche dem Schenkungshalber bestellten procurator in rem suam die bis dahin vorenthaltenen utiles actiones verleihet; Beweis genug, daß die Uebertragung der spes futurae actionis nicht ohne utiles actiones, also im Fall der Schenkung nicht schon nach vorjustinianeischem Rechte thunlich war, daß vielmehr der ursprüngliche Text unseres Rescripts erst von Tribonian im Sinne des Justinianeischen Rechts zu dem jetzigen Wortlaute umgestaltet sein muß und unsere Ausführung über die Untauglichkeit bedingter Klagerechte zur processualischen Delegation ebendeshalb unwiderlegt läßt.

3. Betagte Forderungen, soweit sie nicht wegen Ungewißheit des Zahlungstags zu den bedingten gehören, haben schon vor Eintritt des Zahlungstags ein deberi zum Gegenstande[31]), konnten daher auch nach altem Rechte in judicium deducirt werden[32]), führten aber nicht zur Condemnation, sondern zur Absolution[33]), gewährten also dem Klä-

---

l. 19 §. 4 D. quando dies legat. (36. 2). — — [27]) l. 3 C. de donat. (8. 54). S. Th. I, S. 22 not. 14. — — [28]) l. 73 §. 1 D. ad leg. Falcid. (35. 2), §. 2 J. de V. O. (3. 16), l. 52 D. de V. S. (50. 16). — — [29]) S. Th. I, S. 20 ff. — — [30]) Schol. 1 zu Basil. XLVII, 1 c. 37 (Heimb. IV, p. 580). — — [31]) Gaj. IV, 131. §. 2 J. de V. O. (3 16), l. 7 pr. D. de compens. (16. 2), l. 10, l. 16 §. 1, l. 17, l. 56 D. de condict. ind. (12. 6), l. 9 D. ut legat. (36. 3), l. 46 pr. D. de V. O. (45. 1). Maren, Beweislast u. s. w. S. 41 ff. — — [32]) l. 76 §. 1 D. de V. O. (45. 1), Gaj. IV, 123. 131. 133. §. 10 J. de exc. (4. 13), §. 33 J. de act. (4. 6), Theophil. ad hh. ll. l. 2 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 15 D. de O. et A. (44. 7), l. 1 §. 4 D. quando usus fr. dies (7. 3). — — [33]) l. 44 §. 1 D. de O. et A. (44. 7), l. 9 pr. D. de reb. cred. (12. 1), §. 2 J. de V. O. (3. 16), l. 186 D. de reg. jur. (50. 17).

ger keine actio judicati, sondern bewirkten nur, daß Proceßconsumtion die Klagwiederholung ausschloß[34]). Nach neuerem römischen Rechte sollen sie zwar durch voreilige Verfolgung nicht mehr consumirt werden, sondern ungeachtet früherer Zurückweisung nach Eintritt des zur Strafe nur in doppelte Entfernung verlegten Zahlungstags und nach Bezahlung aller früheren Proceßkosten auf's Neue klagbar sein[35]); allein eben deshalb ist die erste litiscontestatio als nicht geschehen, als durchaus wirkungslos zu betrachten[36]).

Wie steht es hiernach, wenn ein procurator in rem suam Namens des Cedenten litem contestirt hat? Nach altem Rechte hat er das Klagerecht für immer zerstört, obgleich er mit der Klage zurückgewiesen wird; nach neuerem Rechte ist zwar ihm sowohl, als dem Cedenten die Erneuerung der Rechtsverfolgung gestattet, eben deshalb aber auch der erfrüheten litiscontestatio jede delegirende Wirkung versagt, so daß der Cedent trotz derselben die Herrschaft über das Klagerecht behalten hat, als ob inzwischen nichts vorgefallen wäre, und erst durch diejenige litiscontestatio, welche vom procurator in rem suam nach Eintritt des zur Strafe noch einmal so weit hinausgerückten Zahlungstags erneuert wird, das Klagerecht vom Cedenten auf den procurator in rem suam übergeht.

Wo daher das Corpus juris der Uebertragung betagter Forderungen gedenkt, da muß abermals die Verleihung von utiles actiones suo nomine vorausgesetzt sein[37]).

Daß betagte, bedingte und rechtshängige Klagerechte zur processualischen Delegation untauglich sind, ist hiernach gewiß genug. Ebenso gewiß ist indeß, daß alle übrigen mit einer condemnatio versehenen Klagerechte fähig sind, durch litiscontestatio vom Cedenten auf den Namens des Cedenten klagenden procurator in rem suam überzugehen und vom procurator in rem suam mit Erfolg geltend gemacht zu werden, wenn nur

---

[34]) S. not. 32 und Auct. ad Herenn. II, 13. Quinctil. III, 6, 21. — Cassiodor. ad Psalm. 38. Paul. sent. rec. I, 2 §. 1—3. — cf. l. 2 §. 6 D. de eo, quod certo loc. (13. 4). Cod. Hermog. tit. V, l. 2. — — [35]) l. 1, l. 2 C. de plus pet. (3. 10), §. 10 J. de exc. (4. 13), §. 33 J. de act. (4. 6). — Nach Theophil. IV, 13 §. 10 würde nur der zur Zeit des ersten Klaganbringens von der ursprünglichen Frist noch übrige Theil verdoppelt werden. — cf. c. unica X. de plus petit. (2. 11). Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 12 not. 6. Buchka, Einfluß des Proc. Th. 2, S. 18 ff. Wieding, Justinian. Libellproc. S. 393 ff. — — [36]) cf. Nov. 53 cap. 3 in fine. — — [37]) l. 17 D. de her. vel act. (18. 4), l. 43 D. mand. (17. 1).

II. die verfolgte Leistung der Art ist, daß sie überhaupt und ohne eine Veränderung zu erleiden Namens des Cedenten dem procurator in rem suam zu schließlich eignen, durch die causa der Cession bestimmten Zwecken geschehen kann.

Diese Voraussetzung beruhet darauf, daß der Beklagte einerseits bei allen Processen auch noch nach der litiscontestatio das Recht hat, durch Reichung der ursprünglich geschuldeten Leistung, soweit diese Art der satisfactio dem Gegner unnachtheilig ist, die Absolution herbeizuführen [38]), andererseits, falls ein procurator in rem suam direct im Namen des Cedenten litem contestirt hat, verpflichtet ist, die vom Cedenten dem procurator in rem suam zu dessen eignem Vortheil bestimmte Leistung nicht mehr an den Cedenten in Person, sondern nur noch an den im Namen des Cedenten empfangsbereiten procurator in rem suam abzuführen [39]). Ist nun die Leistung der Art, daß sie überhaupt nicht oder wenigstens nicht ohne eine Veränderung zu erleiden Namens des Cedenten dem procurator in rem suam zu dessen eignen, durch die causa der Cession bestimmten Zwecken geschehen kann, so würde die Cession dem Schuldner sein Recht der satisfactio wo nicht vereiteln, so doch wenigstens verkümmern und erschweren. Der Schuldner braucht sich das nicht gefallen zu lassen [40]), ist vielmehr berechtigt, den procurator in rem suam, welcher durch sein Auftreten diesen Erfolg herbeizuführen sucht, durch eine exceptio doli zurückzuweisen, zumal die Erlangung der Absolution überall nur die Bereitwilligkeit des Beklagten zur satisfactio erfordert [41]).

Die Anwendung dieser in der Natur der Sache begründeten Regel macht sich von selbst. Es wird z. B. Niemand bezweifeln, daß des Hausvaters interdictum de liberis exhibendis vel deducendis vom procurator in rem suam nur insofern, als der Vater ausnahmsweise wegen äußerster Noth zur Veräußerung seiner Kinder befugt war [42]), durchgesetzt werden konnte, dagegen an der exceptio doli des satisfactionsbereiten Cessus scheitern mußte, so oft die Regel eintrat [43]),

---

38) S. Th. II, S. 18. — — 39) S. Th. II, S. 19 f. — — 40) l. 74 D. de reg. jur. (50. 17). — — 41) l. 5 D. de publican. (39. 4) . . sed tamen absolvendus est etiam is, qui post acceptum judicium restituere paratus est. — l. 15 D. de exc. doli (44. 4), l. 13 §. 14 D. de her. pet. (5 3). — cf. l. 39 D. de reg. jur. (50. 17). — — 42) Paul. sent. rec. V, 1 §. 1. — — l. 2 C. de patrib., qui fil. (4. 63). cf. l. 63 pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2). cf. v. Schröter in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 14, S. 153 ff. — — 43) l. 1 C. de patrib., qui fil. (4. 63).

daß der judex die Uebergabe der Kinder an den wenngleich Namens des Vaters völlig empfangsbereiten procurator in rem suam zu selbstnützigen Zwecken des Letzteren weder befehlen noch zulassen durfte; denn die nicht dem Cessus, sondern dem procurator in rem suam zur Last fallende Unmöglichkeit der satisfactio konnte billiger Weise dem Cessus keinen Schaden bringen.

Es ist ferner nicht fraglich, daß ein procurator in rem suam, welcher, ohne vom Cedenten das berechtigte Haus erhalten zu haben, eine dem Cedenten vom Nachbar versprochene servitus tigni immittendi Namens des Cedenten auf eigne Rechnung fordert, der exceptio doli des leistungswilligen Cessus ebenso unterliegt, als derjenige procurator in rem suam, welcher eine dem Cedenten vom Cessus zugesagte höchst persönliche Dienstleistung Namens des Cedenten zu eignem Genusse in Anspruch nimmt, weil hier wie dort die schuldige Leistung nur an den Cedenten selbst, nicht Namens desselben an den procurator in rem suam geschehen kann, ohne eine andere zu werden.

Auf der andern Seite ist es indeß nicht weniger außer Frage, daß eine Forderung solcher Dienste, auf deren Qualität und Quantität die Beschaffenheit der Person, welcher sie geleistet werden, keinen Einfluß hat, der Abtretung durch processualische Delegation selbst dann nicht unfähig wird, wenn die Qualität und Quantität der schuldigen Dienste nach den individuellen Verhältnissen und Bedürfnissen des Cedenten zu bemessen ist.

Die Klage des Patrons gegen den Freigelassenen auf Officialdienste liefert schlagenden Beweis.

Im Gegensatze der operae fabriles, d. h. derjenigen handwerksmäßigen und künstlerischen Dienste [44]), welche als gewöhnliches Vermögensrecht einen gemeinen Werth haben [45]), daher stets von Jedermann an Jedermann geleistet werden können [46]), und, obwohl erst nach der für ihre eigentliche Leistung bestimmten Zeit klagreif [47]), doch dem Anspruche nach sofort erworben [48]) und allgemein vererblich sind [49]), bestehen die meist auf eidlichem Angelöbniß beruhenden [50]) operae officiales in einer fortlaufenden Reihe einzelner selbständiger, jedesmal durch vorgängige Ansage des Patrons bedingter [51]) Liebes- und Ehren-

---

[44]) l. 26 §. 12 D. de condict. indeb. (12. 6), l. 6, l. 9 §. 1, l. 23 pr. D. de oper. lib. (38. 1). — — [45]) l. 6 D. de oper. libert. (38. 1), l. 26 §. 12 D. de condict. indeb. (12. 6). — — [46]) l. 9 §. 1, l. 23 pr. D. h. t. — — [47]) l. 24 D. h. t. — — [48]) l. 24 D. h. t. . . cedunt tamen operae ex die interpositae stipulationis. — cf. l. 213 pr. D. de V. S. (50. 16). — — [49]) l. 6 D. h. t. — — [50]) Epitom. Gaji. II, 9 §. 4. l. 7 §. 3 D. h. t. — — [51]) l. 13 §. 2, l. 22 pr., l. 23 §. 1, l. 24 fin. D. h. t. l. 73 pr. D. de V. O.

dienste[52]), welche nach den individuellen Verhältnissen des Patrons[53]) und des Freigelassenen[54]) sich bestimmen und nach des Patrons Tode nur auf dessen nicht enterbte Hauskinder, nicht aber auf sonstige Erben übergehen[55]), auch gleichfalls erst, nachdem sie versäumt worden (praeteritae)[56]), Gegenstand einer auf sie wie auf credita[57]) pecunia gerichteten[58]) Klage werden, d. h. da pecunia hier nur in dem weiteren, alle corpora umfassenden Sinne gebraucht sein kann[59]), Gegenstand einer condictio triticaria auf certa res[60]) mit der intentio certa auf dari oportere[61]) und der condemnatio incerta auf quanti ea res est[62]). Diese operae officiales sind bald Ausflüsse gewisser Kunstfertigkeiten (operae artificiales)[63]) und dann gleich den operae fabriles geeignet, in der den individuellen Bedürfnissen des Patrons entsprechenden Güte und Menge von Anderen im Namen des Patrons in Empfang genommen und vom Patron Anderen zu eignem Genusse überlassen zu werden[64]); bald sind sie dagegen gewöhnliche die Person, das Hauswesen oder Geschäft des Patrons betreffende Verrichtungen[65]) und nun so sehr an die Person des Patrons gebunden, daß sie ohne Veränderung ihres Wesens an Niemand, als den Patron selbst geleistet werden können[66]).

(45. 1). cf. Gaj. IV, 162. §. 1 J. de interd. (4. 15), Theophil. h. l. — Operae incipiunt cedere, posteaquam fuerint indictae. cf. l. 213 pr. D. de V. S. (50. 16). — — [52]) l. 1, l. 22 pr. D. h. t. — — [53]) l. 9 §. 1, l. 16, l. 24 fin. D. h. t. — — [54]) l. 9 §. 1, l. 16 §. 1, l. 17, l. 19, l. 20 pr., l. 38 §. 1, l. 45, l. 50 D. h. t. — — [55]) l. 4, l. 5, l. 40 D. h. t. l. 12 C. eod. (6. 3). — l. 7 §. 6—9, l. 22 §. 1, l. 29 D. h. t., l. 70 pr. D. de V. S. (50. 16). — — [56]) l. 3 pr., l. 8 pr., l. 13 §. 2, l. 24 D. h. t. — — [57]) cf. l. 2 §. 5 D. de reb. cred. (12. 1) . . Verbis quoque credimus — veluti stipulatione. cf. Gaj. III, 124. — — [58]) l. 4 D. h. t. cf. l. 54 §. 1 D. de V. O. (45. 1). Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung §. 7 not. 2, §. 8 not. 21. — — [59]) l. 178 D. de V. S. (50. 16). Gaj. III, 124. l. 122 D. de V. S. (50. 16). — — [60]) S. Voigt über condictiones ob causam S. 262 not. 197. — — [61]) l. 8 pr., l. 10, l. 15, l. 16 §. 1, l. 20 pr., l. 22 §. 1, l. 23 pr. §. 1, l. 24, l. 26 §. 1. l. 30 pr., l. 39 pr. D. h. t. — operas dare — operas se daturum juravit. — in Verbindung mit §. 33 J. de act. (4. 6) . . ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Schilling, Institt. §. 283 not. cc. und Voigt über condict. ob caus. S. 327 not. 272. S. 332 not. 281a. nehmen m. E. ohne ausreichenden Grund an, daß stets das pretium statt der operae selbst den Gegenstand der Klage gebildet habe. — — [62]) l. 26 §. 1 D. h. t. l. 6 C. eod. (6. 3), cf. l. 37 §. 6 D. h. t. — — [63]) l. 26 §. 12 D. de condict. ind. (12. 6), l. 9 fin., l. 16 pr., l. 27, l. 38 §. 1 D. h. t. — — [64]) l. 26 §. 12 D. de condict. ind. (12. 6), l. 9 fin., l. 27, l. 37 §. 4 D. h. t. in Verbindung mit l. 23 pr. D. h. t. — si tales operas extraneo dederit, quales patrono praestando liberaretur. — cf. l. 59, l. 34, pr., l. 71 pr., l. 33 pr. D. de solut. (46. 3). l. 2 §. 7 D. de eo quod certo loc. (13. 4), l. 131 §. 1 D. de V. O. (45. 1). — — [65]) l. 38 §. 1. l. 49 D. h. t. — — [66]) l. 9 §. 1, l. 10 §. 1, l. 11, l. 12 D. h. t.

Aus dieser Verschiedenheit folgt, daß die operae officiales, wenn sie durch Ansage des Patrons und Versäumniß der Zeit, in welcher sie hätten geleistet werden müssen, unbedingt und unbetagt[67]), also klagreif und im Allgemeinen der Uebertragung durch processualische Delegation fähig geworden sind, doch im Besonderen dem procurator in rem suam nur insofern zu wirksamer Verfolgung gegen den Freigelassenen Hoffnung geben, als sie ohne Veränderung ihres Wesens auch an den procurator in rem suam entrichtet werden können, mit anderen Worten, daß sie mit Erfolg cessibel sind oder nicht, je nachdem sie in künstlerischen oder in gewöhnlichen näher die Person des Patrons angehenden Verrichtungen bestehen.

Auf die erstere Art der Officialdienste bezieht es sich, wenn Ulpian die Begründung der Obligation durch Stellvertreter des Patrons zuläßt[68]), und den Ehemann, welcher im Auftrage der Frau einem Dotalsklaven bei oder nach der Freilassung Dienste auflegte, für verpflichtet erklärt, seine Klagen gegen den Freigelassenen sowohl, als gegen dessen etwaige Bürgen bei Trennung der Ehe an die Frau abzutreten[69]); wenn ferner Paulus bestimmt, der Patron, welcher einen indebite empfangenen Sklaven freigelassen habe, sei wegen der Dienste zur Restitution anzuhalten[70]); wenn endlich die Basilikenscholie von dem Patrone, welcher einen verführten Sklaven freigelassen hat und vom Verführer Entschädigung und Strafe verlangt, geradezu sagt[71]):

ἀλλ' ὀφείλει πάντως ἐκχωρεῖν τὰ τῶν ἀπελευθέρων δίκαια τῷ ὑπονοθεύσαντι αὐτόν,

zumal damit übereinstimmt, daß nach Pomponius wegen versäumter Dienste auch der heres extraneus ohne Befürchtung einer exceptio ein Klagerecht soll ausüben dürfen[72]).

Auf die letztere Art der Officialdienste hingegen beschränken sich die Sätze, daß selbst die unbedingt und unbetagt gewordene Klage, obgleich sonst vom Beklagten durch Nachholung versäumter Dienste zur absolutio gedrängt[73]), weder vor[74]) noch nach der litiscontestatio[75])

---

67) l. 4, l. 24 D. h. t. — — 68) l. 6 §. 3 D. de confess. (42. 2). Vergl. auch l. 30 D. mand. (17. 1). — — 69) l. 64 pr. §. 1. 3. 4. 6 D. solut. matrim. (24. 3), cf. l. 24 §. 4 D. eod. — — 70) l. 65 §. 8 D. de condict. ind. (12. 6), cf. Basil. XXIV, 6 c. 65 §. 5—8 (Heimb. III, p. 40): *ἐνέχῃ εἰς τὸ ἀποκαταστῆσαί μοι τὰς ὑπηρεσίας αὐτοῦ* — teneberis mihi restituere operas liberti. — l. 26 §. 12 D. de condict. ind. (12. 6), l. 5 §. 5 D. praescr. ver . (19. 5). — — 71) Schol. 20 fin. zu Basil. LX, 6 c. 14 §. 9 (Heimb. V, p. 390): Quin imo jura patronatus cedere corruptori debet. — — 72) l. 4 fin. D. h. t. cf. l. 7 §. 9 D. h. t. . summoventur ab operarum petitione. — — 73) l. 37 §. 6 D. h. t. l. 54 §. 1 in f. D. de V. O. (45. 1). — — 74) l. 20 §. 2 D. de acquir. her. (29. 2). — — 75) l. 29 D. h. t. Cujac. obs. XVII, 14

auf heredes extranei übergeht, vielmehr sogar, wenn nicht einmal in der Person des Berechtigten, sondern nur in der Person des Verpflichteten ein Hinderniß der satisfactio obwaltet, soweit den Verpflichteten kein Vorwurf trifft, die exceptio doli begründet [76]), und ebendaher wie sie die Restitution an den Universalfideicommissar [77]) und die Verpfändung [78]) ausschließt, auch die Cession ausschließen muß [79]).

Ebenso einfach und natürlich entscheiden sich alle Streitfälle ähnlicher Art.

Andere Hindernisse der durch processualische Delegation zu vollziehenden Forderungsübertragung sind aber aus der besonderen Natur der verschiedenen Klagerechte nicht abzuleiten. Namentlich ist es gewiß, daß eine Menge von Klagerechten, an deren Cessibilität dieser oder jener Schriftsteller gezweifelt hat, mit Erfolg cedirt werden können. Insbesondere gehören dahin:

1. Die sogenannten actiones vindictam spirantes [80]), nämlich die actio injuriarum aestimatoria und die ihr gleichgestellten Klagen wegen unerlaubter in jus vocatio des Parens oder Patrons, wegen calumnia, wegen sepulcri violatio und wegen verhinderter Beerdigung [81]), ferner die querela inofficiosi und die dem Schenker gegen den undankbaren Beschenkten auf Rescission der Schenkung gegebenen Klagen, welche sämmtlich zwar auf eine Vermögensleistung gerichtet sind, jedoch ihrem nächsten Ziele nach nicht sowohl die Erlangung eines Vermögensvortheils, als die Erlangung einer Sühne für erlittene Kränkung bezwecken [82]). Diese Klagen sollen nicht cessibel sein, weil sie nicht eigentlich zum Vermögen gerechnet werden [83]),

---

will ohne Grund non vor esse dandam streichen. — Vergl. dagegen Schilling, Institt. Bd. 3 §. 283 not. ii. — — [76]) l. 37 §. 6 D. h. t. — — [77]) l. 55 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — [78]) l. 20 §. 2 D. de acquir. her. (29. 2) . . . cum petitio earum etiam creditoribus non competat et maxime futurarum. Ueber die nothwendige Leseart: non competat s. Mühlenbr., Ceff. S. 305 ff. not. 133. — cf. l. 40 D. h. t. — — [79]) Vergl. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 2 §. 767 in Verbindung mit §§. 764—766. Koch a. a. O. S. 71 f. — — [80]) l. 2 §. 4 D. de collat. bon. (37. 6) . . magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem. l. 10 D. de sepulcro violato (47. 12) . . neque id capiatur, quod in rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum. l. 7 §. 1, l. 15 §. 46 D. de injur. (47. 10), l. 5 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9. 2). cf. Cic. pro Caecin. c. 12 fin. — Vielleicht auch l. 7 C. de revoc. donat. (8. 56). — — [81]) Vergl. Mühlenbr., Cession §. 26 S. 295 ff. Arndt's Pandecten §. 104 Anm. 1. — Andere Ideen bei Bechmann, röm. Dotalrecht Th. 1, S. 80 ff. — — [82]) Cic. or. pro Caec. c. 12 in f. l. 7 §. 1, l. 15 §. 46 D. de injur. (47. 10), l. 5 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 2 §. 4 D. de collat. (37. 6) . . . magis enim vindictae, quam pecuniae habet persecutionem. — — [83]) l. 13 pr., l. 28 D. de injur. (47. 10)

und daher nicht vererblich sind [84]). Da sie aber durch die litiscontestatio in vererbliche Objecte des Vermögensrechts umgewandelt werden [85]), der Betreibung durch procuratores in rem alienam schon vorher nicht widerstreben [86]) und schließlich Leistungen oder Gegenstände verfolgen, welche sich sehr wohl dazu eignen, vom Cedenten dem Cessionar überlassen und vom Cessus dem Cessionar Namens des Cedenten abgeführt zu werden, so müssen sie mit Erfolg auch von procuratores in rem suam direct im Namen des Cedenten geltend gemacht werden können.

In der That bezeugt die Basilikenscholie die Cessibilität der actio injuriarum aestimatoria auf das Entschiedenste, indem z. B. im Fall einer allgemeinen Gesellschaft der eine Gesellschafter für verpflichtet erklärt wird, auch seine Injurienklage dem Anderen abzutreten, der sie dann gegen den Beleidiger sofort zu eignem Besten soll verfolgen können [87]).

Und sollte gar das charakteristische Merkmal der sogenannten actiones vindictam spirantes darin liegen, daß sie erst einer besonderen Willenserklärung des Berechtigten bedürfen, um als erworben und folgeweise als vererblich zu gelten [88]), so daß auch die erst nach geschehener Mahnung des Verpflichteten vererbliche actio rei uxoriae [89]) zu denselben zu zählen wäre: so würde die Cessibilität der ganzen Klaggattung noch dadurch befestigt werden, daß die Cessibilität der als Art dazu gehörigen actio rei uxoriae von Ulpian ausdrücklich zugestanden ist [90]).

---

l. 32 pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2), l. 1 §. 8 D. si quid in fraud. patron. (38. 5), l. 8 pr. D. de inoffic. test. (5. 2). — — [84]) §. 1 J. de perpet. et tempor. act. (4. 12), l. 13 pr., l. 15 §. 14 D. de injur. (47. 10), l. 10 §. 2 D. si quis caution. (2. 11), l. 1 §. 1 D. de priv. del. (47. 1). Schol. 2. 7. 11 zu Basil. LX, 11 c. 1 (Heimb. V, p. 448 sq.). — l. 7 D. de inoffic. test. (5. 2), l. 34, l. 36 C. eod. (3. 28). — l. 7 C. de revoc. don. (8. 56). — — [85]) l. 13 pr., l. 28 D. de injur. (47. 10). — l. 6 §. 2 D. de inoffic. test. (5. 2), l. 1, l. 7, l. 10 C. de revocand. don. (8. 56). — Theophil. III, 12 §. 1. — l. 139 pr. D. de reg. jur. (50. 17). — — [86]) §. 10 J. de injur. (4. 4), l. 11 §. 2, l. 17 §. 10. 15. 16. 19. 20 D. de injur. (47. 10), l. 8 pr. D. de proc. (3. 3). — l. 42 §. 1 D. de proc. (3. 3) in Verbindung mit l. 37 §. 1 D. de injur. (47. 10), §. 8 J. eod. (4. 4). — l. 8, l. 22 pr. §. 1, l. 30 §. 1 D. de inoffic. test. (5. 2), l. 35 C. eod. (3. 28). — Basil. XXXIX, 1 c. 8 mit Schol. 2. c. 18 mit Schol. 1. 2. c. 28 mit Schol. 1 Abs. 2. c. 36. c. 50 mit Schol. 1 (Heimb. IV, p. 9. 24. 29. 31. 36). — — [87]) Schol. 1 Abs. 2 zu Basil. XVIII, 1 c. 1 (Heimb. I, p. 584), cf. l. 52 §. 16 D. pro soc. (17. 2). — — [88]) Vergl. Bechmann, röm. Dotalrecht Th. I, S. 78 ff. — — [89]) fr. Vat. §. 95. 97. 112. 334. Ulp. fr. VI, 7. cf. l. un. §. 4 C. de rei uxor. act. (5. 13). — — [90]) l. 14 in fin. D. quae in fraud. cred. (42. 8) . . . filia tenetur, ut cedat actione de dote adversus maritum. cf. Nov.

2. Diejenigen Klagerechte, welche nach des Gläubigers Wahl auf diesen oder jenen Gegenstand gerichtet sind, sollen die Cession ausschließen, weil das Wahlrecht etwas höchst Persönliches sei[91]. Allein richtig ist nur, daß das Wahlrecht insofern etwas Thatsächliches ist[92], als dasselbe nicht bloß jeder dritten Person[93], sondern auch in Stipulationen der Sklaven und Hauskinder, — wenn auch nicht in Stipulationen der Herren und Hausväter[94] — der Person des Sklaven und Hauskindes vorbehalten sein kann[95]. Damit verträgt sich indeß, daß dasjenige Wahlrecht, welches von dem aus der Stipulation Berechtigten selbst auszuüben ist, auf dessen Erben übergeht[96], und daß die sofort auf den einen erwählten Gegenstand ausschließlich zu beschränkende Klage[97] von einem procurator in judicium deducirt wird[98]. Was sollte also entgegenstehen, daß in derselben Weise der direct im Namen des Cedenten klagende procurator in rem suam die Forderung in judicium deducire und durch processualische Delegation sich aneigne? So viel ich sehe[99], nichts; weshalb Ulpian wörtlich schreibt[100]:

Si quis ita stipulatus: Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur: tenebitur heres ejus, ut praestet legatario actionem, electionem habituro, utrum Stichum, an decem persequi malit.

3. Vorkaufsrechte sollen nicht cessibel sein, weil der Verpflichtete nur nöthig habe, den Cedenten anstatt jedes Anderen, nicht aber den Cessionar anstatt des Cedenten als Käufer sich aufdringen zu lassen. Allein so richtig dieser Grund ist, so unrichtig ist die daraus gezogene Folgerung. Freilich können die behufs Ausübung des Vorkaufrechts zu übernehmenden Verbindlichkeiten hier so wenig, als in anderen Verhältnissen ohne Einwilligung des anderen Contrahenten

---

97 c. 6 §. 1. — — 91) l. 76 pr., l. 141 pr. D. de V. O. (45. 1). — — 92) cf. l. 38 §. 6, l. 130 D. de V. O. (45. 1), §. 2 J. de stipul. serv. (3. 18). — — 93) l. 141 §. 1 D. de V. O. (45. 1). — — 94) l. 130 D. de V. O. (45. 1). — — 95) l. 76 pr., l. 141 pr. D. de V. O. (45. 1). S. Mühlenbr., Ceff. §. 24 S. 266 ff. cf. l. 44 pr. D. de condit. et demonstr. (35. 1). — — 96) l. 76 pr. D. de V. O. (45. 1). — — 97) l. 75 §. 8, l. 112 pr. D. de V. O. (45. 1), l. 34 §. 6 D. de contrah. emt. (18. 1), §. 33 J. de act. (4. 6). — — 98) l. 66 D. de proc. (3. 3), l. 17 D. rat. rem hab. (46. 8). Basil. VIII, 2 c. 64 mit Schol. (Heimb. I, p. 396). — — 99) Die aus der früheren Natur der optio legati [§. 23 J. de legat. (2. 20), l. 20 D. de optione leg. (33. 5), l. 77 D. de reg. jur. (50. 17)] entspringenden Bedenken sind durch Justinian beseitigt. [l. ult. C. commun. de legat. (6. 43), §. 23 J. de legat. (2. 20)]. S. Mühlenbr., Cession §. 24, S. 274 f. v. Savigny, Obligationenr. Th. 1, S. 392 ff. — — 100) l. 75 §. 3 D. de legat. I (30). S. v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. S. 20 f.

auf dritte Personen übertragen werden; indeß verschieden davon ist die als Forderung sich darstellende Seite des Rechtsverhältnisses, welche wie bei jedem Kaufe oder sonstigen zweiseitigen Contracte, so auch beim Vorkaufe unbeschadet der vom Cedenten unverändert zu übernehmenden Verpflichtungen ein Gegenstand der Cession zu werden vermag [101]). Hat aber der procurator in rem suam gleich dem procurator in rem alienam dahin zu klagen, daß der Verpflichtete den mit einem Anderen eingegangenen Kaufcontract statt dessen mit dem Cedenten eingehe, und widrigenfalls dem procurator in die litisaestimatio verurtheilt werde, so ist kein Grund ersichtlich, warum solche Klagstellung dem procurator in rem suam mehr, als dem procurator in rem alienam verwehrt sein sollte.

Es bedarf also bloß der Fähigkeit der dem Cedenten als Verkäufer vom Beklagten geschuldeten Leistungen, ohne eine Veränderung zu erleiden Namens des Cedenten vom procurator in rem suam zu den durch die causa der Cession bestimmten eignen Zwecken empfangen zu werden, um die Cessibilität der aus dem Vorkaufsrecht entspringenden Forderung außer Zweifel zu stellen. Diese Fähigkeit ist bei allen Forderungen aus vertragsmäßigen [102]) oder den dem römischen Rechte bekannten gesetzlichen Vorkaufsrechten [103]) vorhanden, weshalb die Basilikenscholie die Cessibilität unbedingt anerkennt [104]).

Wiederkaufs- und Rückverkaufsrechte sind ebenso zu behandeln, wie Vorkaufsrechte, so daß in der Regel auch an deren Cessibilität nicht gezweifelt werden darf. Verpflichten doch z. B. Marcian und Ulpian den Pfandgläubiger, welcher zu seiner Befriedigung das Pfand verkauft, aber mit dem Käufer ausgemacht hat, entweder: ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus reciperare, oder: ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceat ei recipere rem suam, die Klagen, welche er ex vendito gegen den Käufer hat, dem Verpfänder auf dessen angestellte pignoratitia actio abzutreten [105]), zum sicheren Zeichen, daß beide Juristen den Verpfänder

---

101) S. Th. II, §. 32. — — 102) l. 75 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 21 §. 5 D. de act. E. V. (19. 1). Nicht entgegen ist l. 122 §. 3 D. de V. O. (45. 1). — — 103) a. l. 7, l. 8 D. de in diem addict. (18. 2), l. 35 D. de minor. (4. 4). — b. l. 16 D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5), l. 60 D. de pact. (2. 14). — c. l. 1 fin. C. de metallar. (11. 6). — d l. 3 C. de jure emphyt. (4. 66). — cf. l. 14 C. de contrah. emt. (4. 38), l. 6 C. Th. de contrah. emt. (3. 1). — — 104) Schol. 1 zu Basil. XIX, 4 c. 12 (Heimb. II, p. 277) . . τὸ τῆς προτιμήσεως δίκαιον, μὴ ἐκχωρούμενον τῷ ἀγοραστῇ, σβέννυσθαι — jus protimiseos, si emtori non cessum sit, extingui. — — 105) l. 7 pr. D. de distr. pign. (20. 5), l. 13 pr. D. de pignorat. act. (13. 7). S. Th. I, S. 460 ff.

nach empfangener Cession für befugt erachten, gegen Angebot des Geldes direct im Namen des Pfandverkäufers wider den Pfandkäufer auf Rückgabe des Pfandes, mit anderen Worten, auf Wiederkauf desselben zu klagen.

4. Das auf Restitution eines Erbschaftsfideicommisses gehende Klagerecht wird für untauglich gehalten, durch litiscontestatio delegirt zu werden, weil dasselbe nach Marcellus untauglich ist, durch stipulatio delegirt zu werden [106]. Allein der Schluß von dem einen auf das andere ist fehlsam. Durch stipulatio kann dasselbe nicht delegirt werden, weil die Restitution nicht bloß eine solutio, sondern auch eine successio begründen soll [107], vermöge deren die Erbschaftsklagen activ und passiv dem Fideicommissar übertragen werden. Diesen Erfolg hat aber nur diejenige Restitution, welche dem Fideicommissar selbst oder einem Namens desselben empfangenden Stellvertreter geschieht [108]. Eine wirksame Restitution ist also unmöglich an denjenigen, welchem die Fideicommißforderung durch Stipulation delegirt ist, weil dieser, nachdem die Fideicommißforderung des Deleganten ihrem civilen und naturalen Bestandtheile nach aufgehoben worden, nichts anderes, als die ihm selbst aus der novirenden stipulatio geschuldete Leistung, und zwar im eignen Namen zu empfangen hat; sie ist jedoch sehr wohl möglich an denjenigen, welchem die Fideicommißforderung durch litiscontestatio delegirt ist, weil dieser noch immer die Leistung der ursprünglich dem Deleganten ihrem civilen und naturalen Bestandtheile nach gebührenden und durch die litiscontestatio nur ihrem civilen Bestandtheile nach in veränderter Form auf den procurator in rem suam übergegangenen Fideicommißforderung als etwas dem delegirenden Fideicommissar naturaliter Geschuldetes im Namen des Fideicommissars entgegenzunehmen vermag [109], also durch den Empfang der Restitution alle Activa und Passiva auf den Fideicommissar übergehen läßt und von demselben nur dir Activa, und zwar die körperlichen Sachen durch traditio brevi manu, die Forderungen, welche hier wie anderwärts gleich insgesammt cedirt werden können [110], durch die mit der Cession der Fideicommißklage eventuell verbundene Cession der betreffenden hereditariae actiones [111] zurückerhält, gegen den wegen unterlassener Restitution in die aestimatio verurtheilten Fiduciar aber natürlich so gut wie der procurator in rem alienam eine actio judicati zu erwerben im Stande ist [112].

---

[106]) l. 59 §. 1 D. de jure dot. (23. 3). Mühlenbr., Ceff. §. 25 S. 289 ff. — — [107]) l. 38 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — [108]) l. 11 §. 2, l. 37 pr., l. 40 §. 2, l. 41, l. 42 pr., l. 66 §. 1 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — [109]) S. Th. II, S. 18 f. — — [110]) l. 34 §. 1, l. 64 D. de legat. III (32). — — [111]) S. Th. I, S. 26 ff. — — [112]) l. 63 §. 1 D. ad SCt. Trebell. (36. 1).

5. Vollends unbedenklich ist es, daß auch diejenigen Klagerechte, welche aus persönlichen Vorrechten entsprungen sind, durch processualische Delegation übertragen werden [113]). Hinsichtlich des wegen Minderjährigkeit erwachsenen Restitutionsanspruchs wird dieses durch folgende Stelle unzweifelhaft bezeugt:

Paulus lib. 1 Sententiarum [114]).

Qui minori mandavit, ut negotia sua agat, ex persona ejus in integrum restitui non potest, nisi minor sua sponte negotiis ejus intervenerit.

Quod si minor sua sponte negotiis minoris intervenerit: restituendus est, ne majori damnum accidat; quod si hoc facere recusaverit: tunc si conventus fuerit negotiorum gestorum, adversus hanc actionem non restituitur. Sed compellendus est sic cedere auxilium in integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem faciat; ut possit per hunc modum damnum sibi propter minorem contingens resarcire.

Obgleich derjenige, welcher einem Minderjährigen Auftrag ertheilte, gegen dessen Geschäftsführung nicht restituirt wird, weil er die durch Versehen des Minderjährigen entstandenen Schäden der eignen culpa in eligendo beizumessen hat [115]), so ist doch das Gegentheil Rechtens, wenn der Minderjährige ohne Auftrag handelte. Der Geschäftsherr darf in diesem Falle den Minderjährigen zwingen, seinen Restitutionsanspruch dergestalt abzutreten, daß er ihn zum procurator in rem suam mache, mit anderen Worten, daß er selbst mit Einwilligung seines Curator das mandatum agendi ertheile [116]). Dieses mandatum agendi hat unter anderem die Wirkung, daß der procurator in rem suam gleich dem procurator in rem alienam [117]) den Restitutionsanspruch direct im Namen des Minderjährigen geltend machen kann.

Wird in solch einem Falle das judicium rescindens vom judicium rescissorium getrennt, so endigt das erstere mit einem prätorischen Decrete, welches für den Minderjährigen das

---

113) Mühlenbr., Ceff. §. 25 S. 283 ff. — — 114) Pauli sent. rec. I, 9 §. 2 und l. 24 pr. D. de minor. (4. 4). — Nach Cujac. observ. XI, 27 und Schulting in not. ad Paul. sent. rec. ll. ist nur der Anfang aus Paul. sent. rec., der Schluß dagegen aus Paul. lib. XI. ad Edict. — — 115) l 3 §. 11, l. 4, l. 23 D. de minor. (4. 4). — — 116) S. Th. I, S. 4 f. not. 30 und l. 27 §. 1 D. de minor. (4. 4). — — 117) l. 25 §. 1, l. 26 D. de minor. (4. 4), l. 1 C. etiam per procur. (2. 49), cf. l. 52 §. 1 D. de fidejuss. (46. 1).

verlorene judicium als rescissorium oder restitutorium herstellt[118]), damit dieses sodann der Namens des Minderjährigen klagende procurator durch litiscontestatio und das vom judex auf den Namen des procurator abzugebende Urtheil sich aneigne[119]).

Zieht dagegen der Prätor vor, ohne Trennung des judicium rescindens und des recissorium gleich in der Sache selbst zu entscheiden (cognitio Praetoria), so geht sofort durch eine Art von litiscontestatio[120]) der ganze Proceß auf den procurator über, um durch eine vom Prätor auf den Namen des procurator gestellte Entscheidung dem Letzteren eine actio quasi judicati zu verschaffen[121]), die zwar der procurator in rem alienam durch fingirte Cession wieder an den Vertretenen verliert, der procurator in rem suam aber zu eigenem Nutzen durchzuführen vermag.

Da auch der Beklagte nicht behindert ist, die dem minor gebührende Leistung statt desselben dem procurator in rem suam als satisfactio zu entrichten, mag das judicium rescissorium getrennt vom judicium rescindens vor dem judex, oder verbunden mit dem judicium rescindens vor dem Prätor verfolgt werden, so ist die Cessibilität des Restitutionsanspruchs in jeder Hinsicht begreiflich[122]).

6. Interessant ist endlich, daß die actio de peculio gegen den Vater oder des Vaters Erben nicht bloß jedem Dritten, sondern auch dem principaliter als Schuldner haftenden Sohne selbst, nachdem er von der väterlichen Gewalt befreiet worden, cedirt werden kann[123]). Da nämlich die Formel der actio de peculio, wie ich nach dem ausdrücklichen Zeugniß der Basilikenscholie[124]) mit den bewährtesten Schrift-

---

118) S. Th. I, S. 26 f. not. 6. — — 119) cf. l. 20 §. 1 D. tut. et ration. (27. 3), l. 25 D. de admin. tut. (26. 7). Basil. XXVIII, 3 c. 20 mit Scholien (Heimb. III, p. 721 sq.), cf. l. 1 C. si advers. rem judic. (2. 27). — — 120) l. 20 §. 1, l. 30 D. de minor. (4. 4), l. 6 C. de in integr. rest. (2. 22), cf. Basil. X, 4 c. 20. c. 56 (Heimb. I, p. 510. 515). — — 121) l. 40 pr., l. 41 D. de minor. (4. 4), l. 75 D. de judic. (5. 1), l. 8 D. quando ex facto tut. (26. 9), Paul. sent. rec. V, 5 A, §. 1. — cf. l. 39 §. 6 D. de procur. (3. 3). — Schol. 30 zu Basil. XI, 1 c. 7 §. 13—16 (Heimb. I, p. 572). — — 122) cf. l. 3 pr. D. rat. rem hab. (46. 8), worin das: aut is, ad quem ea res pertinebit auf den Cessionar zu gehen scheint. — — 123) l. 18 §. 5 D. fam. herc. (10. 2), l. 30 §. 3 D. de pecul. (15. 1). — — 124) Schol. 9 zu Basil. XII, 1 c. 61 §. 4 (Heimb. I, p. 768), Schol. 189 zu Basil. XVIII, 5 c. 47 §. 2 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 228 sq.), cf. l. 21 §. 2 D. de pact. (2. 14) in Verbindung mit Schol. 15 Abs. 1 a. E. zu Basil. XI, 1 c. 17 und Schol. 3. 4 zu Basil. XI, 1 c. 21 §. 2 (Heimb. I, p. 589. 591 sq.).

stellern annehmen zu müssen glaube, bloß in der condemnatio auf den Namen des Vaters oder Herrn lautet, in der intentio dagegen wider die Person des Sohns oder Sklaven — im letzteren Falle mit der Fiction: si liber esset — gerichtet ist [125]), so gewährt die dem Sohne als procurator in rem suam gegebene Formel das seltsame Schauspiel, daß der Vater verurtheilt werden soll, soweit das Peculium reicht, die Schuld des Sohns an den Sohn zu bezahlen, etwa in der Gestalt:

Si paret, Titium Ni filium Ao X dare oportere, judex Nm patrem Titio X duntaxat de peculio condemnato, s. n. p. a.

Wir sehen daraus, daß sich die Römer durch scheinbare Widersprüche in der Form nicht abschrecken ließen, dem sachlichen Bedürfniß gerecht zu werden; eine Bemerkung, von der noch öfter Gebrauch zu machen ist.

Nach vorstehenden Ausführungen haben sich diejenigen Klagerechte, welchen vorzugsweise die Cessibilität bestritten zu werden pflegt, durchweg als cessibel erwiesen. Wir dürfen hoffen, dadurch die Ueberzeugung bestärkt zu haben, daß das römische Recht der Cessibilität nur in dem von uns angeführten Umfange die durch die Natur der Sache von selbst gegebenen Schranken gezogen hat.

Viertes Kapitel.

Wirkungen des directe agere alieno nomine.

Uebersicht.

§. 10. Da das Wesen des ganzen Rechtsverhältnisses auf der processualischen Delegation beruht, so müssen die Wirkungen desselben folgerecht darin bestehen, daß das betreffende Klagerecht

I. bis zur litiscontestatio des procurator in rem suam dem Vermögen des Cedenten angehört, jedoch

II. mit der litiscontestatio des procurator in rem suam in Form der obligatio condemnari oportere und der daraus sich ent-

---

125) cf. Keller, Proc. §. 32, S. 123 f.

wickelnden actio judicati in das Vermögen des procurator in rem suam übergeht; daß

III. die actio judicati des procurator in rem suam in Gelde oder — nach Justinianeischem Rechte unter Umständen — in Natur dasjenige zum Inhalte hat, was der Cedent bei strengen Klagen zur Zeit der litiscontestatio, bei freien Klagen zur Zeit des Urtheils würde zu fordern gehabt haben; daß ferner

IV. der procurator in rem suam je soweit er im Namen des Cedenten oder je soweit er im eignen Namen handelt, von den persönlichen Privilegien des Cedenten oder von den persönlichen Privilegien seiner selbst Nutzen zieht; auch

V. je nach denselben Voraussetzungen von den Einwendungen aus der Person des Cedenten oder von den Einwendungen aus seiner eignen Person Schaden hat; endlich

VI. Widerklagen aus der Person des Cedenten übernehmen muß, aus der eignen Person aber ablehnen darf.

Wirklich wird die folgende Darstellung zeigen, daß jeder dieser Sätze begründet ist.

I. Das aufgetragene Klagerecht gehört bis zur litiscontestatio des procurator in rem suam zum Vermögen des Cedenten.

Obgleich der Cedent aus der dem mandatum agendi unterliegenden causa oder aus einer Stipulation dem procurator in rem suam und dessen Erben persönlich verpflichtet sein kann, das mandatum agendi nicht zurückzunehmen, vielmehr dasselbe auch, falls es durch den Tod des einen oder des anderen der Betheiligten erlöschen sollte, durch seine Erben erneuern zu lassen oder den Erben zu erneuern: so ist doch vor der litiscontestatio des im Namen des Cedenten klagenden procurator in rem suam der Cedent, nicht der procurator in rem suam Herr des Klagerechts, mithin zur Verfügung über dasselbe berechtigt. §. 11.

Der Beweis liegt zum Theil schon in den vorhergegangenen Erörterungen, wonach der Cedent bei seinem das mandatum agendi zugleich aufhebenden Tode das Klagerecht seinen Erben überträgt,[1])

[1]) Schol. 3 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). S. Th. II, S. 52 ff.

und sogar bei Lebzeiten im Stande ist, trotz etwaiger Entschädigungspflicht das ertheilte Mandat beliebig zu widerrufen und unbekümmert um den Einspruch desjenigen procurator in rem suam, welcher nicht auf eine ihm zustehende utilis actio suo nomine sich stützen kann oder mag, das Klagerecht gerichtlich oder außergerichtlich selbst oder durch anderweit ernannte procuratores in rem alienam oder in rem suam geltend zu machen[2]), weil — wie es in einem Rescripte heißt[3]) — die Klagen, bevor lis contestirt wird, beim Cedenten verbleiben, obschon er sie aufgetragen hat. Zum Theil sagt aber auch Papinian von der Mutter, welche ihrem Kinde Forderungen schenkt, also von Personen, welche dem Cincischen Gesetze nicht unterworfen sind[4]): die Schenkerin habe nichts gethan, so lange sie bloß ein mandatum agendi ertheilt und nicht auch durch litiscontestatio des Kindes die Klagen habe noviren lassen[5]), was der Basilikenscholiast Nicäus bei Gelegenheit einer ähnlichen, wenn gleich nicht gerade unter personis exceptis Statt gehabten Forderungsschenkung dahin erläutert: die litiscontestatio wie auch die novatio, vertrete bei unkörperlichen Dingen die Stelle der traditio. Man dürfe daher nicht sagen, die Forderungsschenkung gelte nicht, sondern nur, der Schenker bleibe, so lange keine litiscontestatio oder novatio erfolgt sei, Herr des Klagerechts (δεσπότης ἀγωγῆς) und könne dasselbe im Fall der Sinnesänderung ungehindert verfolgen[6]).

Es geht hieraus zur Genüge hervor, daß vor der litiscontestatio dem Cedenten ausschließlich Verfügung über das aufgetragene Klagerecht zukommt. Daraus folgt auf der anderen Seite, daß ebenso lange dem procurator in rem suam, welcher nur direct in des Cedenten Namen klagen kann oder will, jede Herrschaft über das aufgetragene Klagerecht abgeht. Und in der That läßt sich besonders nachweisen, daß der Namens des Cedenten auftretende procurator in rem

---

2) l. 3 C. mand. (4. 35), l. 55 D. de procur. (3. 3). Basil. XI, 1 c. 85 (Heimb. I, p. 660). — — 3) l. 3 C. de novat. (8. 42). S. Th. II, S. 61 u. §. 21. — — 4) fr. Vat. §§. 298. 299. — — 5) fr. Vat. §. 263 . . . si domina — nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit.— S. Th. II, S. 7 ff. — — 6) Schol. 2 Abs. 3 zu Basil. XI, 1 c. 85 (Heimb. I, p. 661): *Τοῦ Νικαέως. . . . ἥτις προκάταρξις ἀεὶ παράδοσίς ἐστιν ἐπὶ τῶν ἀσωμάτων, ὥσπερ καὶ ἡ νοβατίων. καὶ οὐκ ὤφειλεν εἰπεῖν, ὅτι οὐκ ἔρρωται, ἀλλ' ὅτι, ἐπεὶ μὴ ἔφθασε γενέσθαι προκάταρξις ἤγουν νοβατίων, δεσπότης μένει ἀγωγῆς ὁ δωρησάμενος καὶ δύναται κινεῖν ἐκ μεταμελείας.* — Nicaei. . . . quae litiscontestatio in incorporalibus loco traditionis est, ut et novatio. Nec dici debebat, donationem non valere, sed, quia litiscontestatio sive novatio antea facta non sit, donatorem dominum actionis manere, et ex poenitentia agere posse. — cf. eod. Schol. 3.

suam vor der litiscontestatio das aufgetragene Klagerecht weder durch Zahlungseinhebung oder Compensation zu verwirklichen, noch über dasselbe durch Vertrag zu verfügen, noch endlich in Betreff desselben procuratores in rem alienam, geschweige procuratores in rem suam zu ernennen vermag.

a. Das Recht der Zahlungseinhebung ist dem procurator in rem suam, welcher sich als Vertreter des Cedenten darstellt, vor der litiscontestatio abzusprechen, weil Ulpian und Paulus übereinstimmend dem Gattungsbegriffe des procurator ad agendum tantum datus den procurator in rem suam sowohl, als den procurator in rem alienam unterordnen [7]), und die Regel, daß der Auftrag nicht über seine Grenzen ausgedehnt werden darf [8]), auf den procurator in rem suam nicht weniger Anwendung leidet, als auf den procurator in rem alienam. Freilich liegt die Versuchung nahe, in dem Klagauftrage den Willen des Cedenten, den Klaggegenstand dem procurator in rem suam zuzuwenden, so bestimmt ausgedrückt zu sehen, daß darauf hin dem an den procurator in rem suam zahlenden Cessus eine exceptio doli gegen den später klagenden Cedenten gegeben werden dürfe [9]); indeß nicht nur würde das Schutzmittel des Cessus immer insofern mißlich bleiben, als der Cedent Gründe haben könnte, von dem ihm bis zur litiscontestatio des procurator zustehenden Rechte freier Willensänderung Gebrauch zu machen, und dem Cessus jedenfalls die exceptio doli versagt werden müßte, wenn er irgend Ursache gehabt haben sollte, die geschehene Willensänderung des Cedenten zu vermuthen [10]); sondern es ist auch überhaupt der Wille des Cedenten darauf beschränkt, vermittelst der gestatteten Prozeßführung dem procurator in rem suam die Vortheile der cedirten Forderung zu überlassen, so daß diejenige Zahlung, welche dem procurator in rem suam geleistet wird, ohne daß oder bevor derselbe den ihm zum Ziele allein freigegebenen Weg der Prozeßführung betreten hat, den Cedenten wider seinen Willen der Möglichkeit, über die Forderung anders zu verfügen, berauben würde, mithin vom Cedenten nicht anerkannt zu werden braucht [11]).

---

7) l. 4 §. 18 D. de doli exc. (44. 4). S. Th. II, S. 40. l. 13 pr. §. 1 D. de pact. (2. 14). S. Th. II, S. 110. — — 8) l. 5 pr. D. mand. (17. 1), l. 46 D. eod., l. 12 C. eod. (4. 35), §. 8 J. de mand. (3. 26). Epit. Gaj. II, 9 §. 20. Interpr. Visig. ad Paul. sent. rec. I, 3 §. 2. — cf. l. 4 C. de novat. (8. 42). — — 9) l. 82 D. de solut. (46. 3), l. 1 C. de except. et praescr. (8. 36), l. 6 D. de exc. doli (44. 4). — — 10) l. 82 D. de solut. (46. 3) . . nec causam habuisset existimandi, id invita Seja facturum esse. — — 11) arg. l. 21 D. de novat. (46. 2), l. 4 C. eod. (8. 42).

b. Das Recht des procurator in rem suam, die aufgetragene Forderung, welche er bloß direct in des Cedenten Namen zu verfolgen vermögend oder Willens ist, vor der litiscontestatio gegen eigne Schulden, die der Cessus als Gläubiger gegen ihn einklagt, zur Compensation zu bringen, muß geleugnet werden, weil Papinian der Aeußerung, daß der procurator in rem suam nach der litiscontestatio, wenn er vom Cessus wegen einer eignen Schuld belangt werde, mit der ihm cedirten Klage compensiren dürfe [12]), mit unverkennbarer Hervorhebung des Gegensatzes hinzufügt [13]):

Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.

Obschon der Cedent als Gläubiger des Cessus dem Namens des Cedenten auftretenden procurator in rem suam gestattet, die Forderung mit der vom Cessus gegen den procurator in rem suam als Schuldner geltend gemachten Forderung aufzurechnen, so soll doch der Cessus nicht gehalten sein, diese Aufrechnung sich gefallen zu lassen, so lange er sich als Schuldner des Cedenten betrachten muß. Erst wenn der procurator in rem suam durch die litiscontestatio die Gläubigerschaft selbst übernimmt, ist die erforderliche Gegenseitigkeit hergestellt und der Cessus zum Eingehen auf die Compensation mit der obligatio judicii des procurator in rem suam genöthigt.

c. Das bis zur litiscontestatio vorhandene Unvermögen zum Abschluß von Nachlaßverträgen, Vergleichen u. s. w. folgt des entgegengesetzten Scheins ungeachtet aus folgender Stelle:

Paulus lib. 3 ad Edictum [14]).

Sed si tantum ad actionem procurator factus sit, conventio facta domino non nocet: quia nec solvi possit. (§. 1) Sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur, et ideo servandum erit pactum conventum.

Im Gegensatz des zur Zahlungsannahme und Vertragschließung besonders beauftragten Procurators und des procurator omnium bonorum [15]) soll der procurator tantum ad actionem factus weder gültig Zahlung annehmen, noch durch seine Verträge dem dominus schaden können. Dasselbe soll vom procurator in rem suam nur deshalb und sofern nicht gelten, weil und wiefern er loco

---

[12]) l. 18 pr. D. de compens. (16. 2). S. S. 21 ff. — — [13]) l. 18 §. 1 D. eod. cf. l. 9 C. eod. (4. 31) Gordian. — Ejus, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest. — — [14]) l. 13 D. de pact. (2. 14). — — [15]) l. 10 §. 2. — l. 12, l. 28 D. de pact. (2. 14), l. 12 pr., l. 34 §. 3. 4, l. 49, l. 86 D. de solut. (46. 3).

domini habetur, d. h. gleichsam als dominus actionis — κύριος τῆς δίκης πιστευόμενος [16]) — utiliter im eignen Namen zu handeln befugt und bereit ist [17]). Paulus verneint also indirect, daß der im Namen des Cedenten auftretende procurator in rem suam ein verbindliches pactum abzuschließen im Stande sei.

Ein Gleiches thun an anderen Orten Ulpian [18]) und Marcian [19]); jener, indem er dem Erbschaftskäufer das Recht, über Erbschaftsforderungen zu paciscren, zuschreibt, seitdem oder — nach der Erklärung der Basilikenscholie [20]) — weil er durch den Kaiser Antonin den Frommen auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, utiles actiones erhalten habe; dieser, indem er die Gültigkeit des pactum für den Cessionar, wie für den Cedenten davon abhängig macht, daß der Cessionar die ihm zustehende Klage, also im Gegensatz der directa actio des Cedenten, die utilis actio des Cessionars erlassen habe.

d. Die Unfähigkeit des procurator in rem suam, innerhalb der Grenzen des directe agere alieno nomine seinerseits procuratores ad agendum, und zwar sogar in rem alienam, geschweige also in rem suam zu ernennen, wird durch dieselbe Constitution bekundet, durch welche Justinian im Jahre 528 dem Schenkungs halber bestellten procurator in rem suam die bis dahin versagten utiles actiones suo nomine gewährt. Es heißt darin [21]):

Quod et in procuratore constituendo ad movendas easdem cessas actiones similiter observandum erit, ut minime quis impediatur procuratorem cessarum sibi super donatione actionum dare, licet nulla litiscontestatio facta vel petita sit cett.

Hiernach war der donationis causa bestellte procurator in rem suam bis zu dieser ihm utiles actiones suo nom. verleihenden Verordnung deshalb verhindert, die cedirte Klage vor der litiscontestatio seinerseits wieder durch procuratores in rem alienam oder durch procuratores in rem suam betreiben zu lassen, weil er nur direct im Namen des Schenkers zu klagen vermochte und überhaupt nur der dominus [22]), oder derjenige, welcher im eignen Namen eine Klage

---

[16]) Basil. XI, 1 c. 13 §. 1 und Schol. 1 (Heimb. I, p. 583). — — [17]) Schol. 1 cit. bezieht den Begriff des loco domini haberi ausdrücklich auf das utiliter suo nomine agere und conveniri. — Nicht im Widerspruch steht Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 1 (Heimb. I, p. 360), woselbst das directe agere alieno nomine vorausgesetzt und daher der Ausdruck dominus auf die Zeit nach der litiscontestatio bezogen wird. — — [18]) l. 16 pr. D. de pact. (2. 14). S. Th. I, S. 196 ff. Th. II, §. 19. — — [19]) l. 8 §. 2 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. §. 21. 31. — — [20]) Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 16 (Heimb. I, p. 585). — — [21]) l. 33 C. de donat. (8. 54). S. Th. I, S. 19 f. 24 f. 217 ff. Th. II, S. 63 f. — — [22]) l. 1 pr. D. de procur. (3. 3).

hat[23]), nicht der Vertreter oder derjenige, welcher im Namen eines Anderen klagen muß oder will, procuratores ad agendum, sei es in rem alienam[24]), sei es in rem suam[25]) zu bestellen vermag. Weitere Folge der Nothwendigkeit, geschenkt erhaltene Forderungen alieno nomine in Person rechtshängig zu machen, war, daß diejenigen Personen, welche jugendlichen Alters, Gebrechens, Schimpfes, Ranges oder Standes wegen nicht für Andere vor Gericht verhandeln durften, von der Möglichkeit, mit Forderungen beschenkt zu werden, ausgeschlossen waren, bevor Justinian dem donationis causa ertheilten Klagauftrage das Recht der im eignen Namen anzustellenden utilis actio verbunden hatte.

Die durch alles dieses festgestellte Wahrheit, daß der Cedent bis zur litiscontestatio des procurator in rem suam Herr der directen Klage bleibt, erklärt, warum der im Namen des Cedenten auftretende procurator in rem suam gleich dem procurator in rem alienam weder berechtigt ist, vor dem Prätor mit der den Gegner zur Annahme oder Zurückschiebung verpflichtenden Wirkung einen Eid anzutragen[26]), noch gezwungen werden kann, unter dem auf die Eidesverweigerung gesetzten Nachtheile der Klagrechtsvereitelung auf einen vom Gegner angetragenen Eid sich einzulassen[27]); denn das auf regelmäßige Proceßführung beschränkte Mandat ermächtigt nicht, weder durch Eidesantrag, noch durch Eideszurückschiebung oder gar durch Eidesverweigerung über die fremde Forderung des Mandanten zu verfügen.

Jene Wahrheit wird aber auch dadurch nicht erschüttert, daß schon vor der litiscontestatio mit dem wirklichen oder fingirten Klagauftrage utiles actiones auf den Cessionar oder Quasicessionar übergehen; denn diese utiles actiones heben die directa actio des Cedenten oder Quasicedenten nicht auf, sondern hemmen dieselbe nur in ihrer Wirksamkeit, so weit sie selbst zur Anwendung kommen. Ist also der Cessionar oder Quasicessionar mit Rücksicht auf den Cedenten oder Quasicedenten nicht im Stande oder nicht Willens, seine utilis actio zur Geltung zu bringen, so behält die daneben fortbestehende directa actio des Cedenten ihre volle Wirksamkeit, und kann na-

---

23) l. 17 §. 20 D. de injur. (47. 10). S. Th. I, S. 4 f. — — 24) l. 8 §. 3 D. mand. (17. 1), l. 8 C. de procur. (2. 13), cf. l. 74 D. eod. (3. 3), c. 1 §. 1 in VIto de proc. (1. 19). — — 25) l. 37 §. 1 D. ad SCt. Treb. (36. 1) . . quia nec mandare actiones tutor pupilli sui potest. — S. Th. I, S. 4 f. not. 29. — — 26) l. 7 C. de jurejur. (4. 1), l. 18, l. 19 D. eod. (12. 2). Ueber die scheinbar entgegenstehende l. 17 §. 3 D. eod. s. §. 31. — — 27) l. 34 §. 3 D. de jurejur. (12. 2), l. 12 §. 4 C. eod. (4. 1), Schol. 1 zu Basil. XXII, 5 c. 49 (Heimb. II, p. 569).

türlich insofern nicht bloß vom Cedenten selbst, sondern auch mit dem Willen des Cedenten Namens desselben von dessen procurator in rem alienam oder in rem suam ausgeübt werden. Als ein solcher procurator in rem suam aufzutreten, ist selbst der Cessionar oder Quasicessionar, welcher seine utilis actio ungebraucht läßt, durchaus nicht behindert. Daher die auf den ersten Blick überraschende Erscheinung, daß nicht nur der wirkliche Cessionar zwischen dem utiliter agere proprio nomine und dem directe agere alieno nomine die Wahl hat, sondern auch der fingirte Cessionar, sofern er sich ein wirkliches mandatum agendi verschafft, mit Verzicht auf seine utilis actio die directa actio des Cedenten in dessen Namen anzustellen und den darin enthaltenen Vermögensstoff durch litiscontestatio sich anzueignen Recht und Macht besitzt [28]), und eben deshalb den Cessionsverpflichteten seiner utilis actio ungeachtet zur Ertheilung eines wirklichen mandatum agendi anhalten kann [29]).

II. Mit der litiscontestatio des procurator in rem suam geht das betreffende Klagerecht in Form der obligatio condemnari oportere und der daraus sich entwickelnden actio judicati in das Vermögen des procurator in rem suam über.

Dieser Satz ist unter allen dem geringsten Zweifel unterworfen. §. 12.
In der That sprechen die Rechtsbücher zu deutlich, um nicht selbst dem blödesten Auge die Wahrheit zu enthüllen. Die schlagendsten Beweise sind im Laufe der früheren Erörterungen bereits zur Sprache gebracht. Hier ist daher kaum ein Mehreres nöthig, als noch einmal kurz zusammenzufassen, daß der direct im Namen des Cedenten klagende procurator in rem suam durch die litiscontestatio Herr der obligatio condemnari oportere [1]) und der daraus sich entwickelnden actio judicati wird [2]), mithin den Rechtsstreit und die actio judicati in eignem Namen fortführt [3]), daß er des durch die litiscontestatio zur „propria lis" gewordenen Klagerechts ebensowenig mehr vom Cedenten entsetzt werden kann [4]), als der direct erworbenen actio judicati

---

[28]) l. 5 C. de her. vel act. (4. 39). — — [29]) S. Th. II, S. 2 not. 9.

[1]) l. 29 D. de liberat. leg. (34. 2) . . cujus petitione — accidit, ut hoc commodum ad eum perveniat. S. Th. II, S. 7 not. 22. l. 7 C. Th. de cognit. (2. 12). — — [2]) fr. Vat. §. 317. l. 28, l. 30 D. de procur. (3. 3). — — [3]) Interpr. Visig. ad l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12) . . sibimet ipsi defensare. S. Th. II, S. 114. — — [4]) l. 25 fin. D. de procur. (3. 3).

aus dem auf seinem Namen abgegebenen Urtheile [5]), daß er vom Tode des Cedenten keinerlei Nachtheil zu besorgen hat [6]) und durch den eignen Tod sein Rechtsverhältniß gleich anderen Vermögensrechten seinen Nachfolgern frei vererbt [7]), daß er ausschließlich berechtigt ist, die Judicatsumme und als satisfactio der obligatio condemnari oportere die ursprünglich geschuldete Leistung vom Cessus einzuheben [8]) und gegen Forderungen des Cessus seine Forderung aus der obligatio condemnari oportere [9]) und der res judicata zu compensiren, daß er Nachlaßverträge, Vergleiche, Novationen u. s. w. gültig abzuschließen [10]) und zur Betreibung des in judicium deducirten Klagerechts, wie zur Betreibung der actio judicati procuratores in rem alienam [11]), und selbst, soweit das Verbot der Cession streitiger Klagen nicht entgegensteht, procuratores in rem suam zu bestellen vermag [12]).

Die letzterwähnte Befugniß nebst mehreren der früher genannten wird namentlich bestätigt durch folgendes interessante Bruchstück der Westgothischen Erklärung zum Codex Theodosianus [13]):

Qui dominus et procurator de cujuslibet rei petitione fuerit institutus et susceptam litem vivo mandatore per actionem repetendo fuerit contestatus, etiam si ille, qui ei mandatum tale fecerat, de hac luce discedat, liceat ei rem, quam repetendam susceperat, sibimet ipsi defensare et alium procuratorem de hac causa, si voluerit, qui repetat ut dominus [14]) ordinare atque actionem ad heredes suos succes-

---

[5]) S. not. 2 und Th. II, S. 11 not. 42. — — [6]) Interpr. Visig. ad l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12). cf. l. 33 C. de donat. (8. 54), l. 1 C. J. de O. et A. (4. 20). — — [7]) Interpr. Visig. ad l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12). l. 7 C. Th. de procur. (2. 12), l. 33 C. J. de donat. (8. 54). — Die intentio blieb unverändert, nur die condemnatio wurde vom Namen des Erblassers auf den Namen der Erben umgestellt. l. 31 D. de judic. (5. 1). Keller, Litiscontest. S. 167 f. Not. 3. — — [8]) l. 3 C. de novat. (8. 42). S. Th. II, S. 17 ff. — — [9]) l. 18 pr. D. de compens. (16. 2). S. Th. II, S. 21 ff. — — [10]) S. Th. II, S. 21. — — [11]) l. 33 C. de donat. (8. 54). — — [12]) l. 2 §. 8 D. de her. vel act. (18. 4), l. 2, l. 4 C. de litig. (8. 14). — — [13]) ad l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12), cf. Haenel, lex Visigoth. p. 48 sq. — — [14]) Hänel a. a. O. setzt gegen alle Construction das Komma zwischen repetat und ut, weil das Epit. suppl. lat. 215 die Stelle so wiedergiebt: Qui dominus et procurator per mandatum fuerit institutus et vivo mandatore causam exequi coeperit, illo mortuo, qui mandavit, potest procuratorem et successorem ut dominus ordinare et rem sibimet vindicare et ad suum heredem transmittere. — Ich trage aber nicht das mindeste Bedenken, lieber diesem Auszuge eine kleine Ungenauigkeit, als dem Original einen gröblichen Verstoß gegen die Grammatik vorzuwerfen. Daß die Interpretation der Westgothen dem Inhalte der l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12) nicht völlig entspricht, sondern deren Bestimmungen auf den procurator in rem suam beschränkt, er-

soresque transmittere. Quia sicut in rebus, quae possidentur, procuratores tantum adversus pulsantes, nam non et [15]) domini possunt firmiter ordinari, ita in rebus, quae repetuntur dominos procuratoresque facere is, qui pulsat ac repetit, jure permittitur.

Wer behuf Vindication einer Sache vom Kläger als dominus und procurator ernannt worden ist und bei Lebzeiten des Machtgebers litem contestirt hat, soll, wenngleich der Letztere stirbt, die Sache, deren Zurückforderung er übernommen hat, für sich selbst verfolgen und einen anderen Procurator, der als dominus klagt, bestellen, auch den Proceß auf seine Erben und Nachfolger übertragen dürfen, weil zwar auf Seiten des Beklagten gegen den Kläger nur procuratores, nicht auch domini gültig bestellt werden können, auf Seiten des Klägers dagegen domini und procuratores zu ernennen rechtlich gestattet ist.

Diese wörtliche Uebersetzung erklärt sofort auch den inneren Zusammenhang, wenn wir uns erinnern, daß dominus et procurator der procurator in rem suam genannt wird, insofern derselbe nicht bloß direct alieno nomine, sondern auch utiliter suo nomine zu klagen befugt ist. Da nämlich auf den Umstand, daß der procurator in rem suam bei Lebzeiten des mandator litem contestirt habe, Gewicht gelegt wird, während die utilis actio suo nomine auch vor der litiscontestatio durch den Tod des Cedenten nicht gefährdet sein würde [16]), so ist der mit dem erklärten Texte der l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12) übereinstimmende Fall einer direct im Namen des Cedenten erhobenen Klage vorausgesetzt. Diese Klage soll der procurator in rem suam nach der litiscontestatio, ungeachtet der Cedent verstorben ist, im eignen Namen fortführen dürfen (sibi-

---

klärt sich aus der späteren Aufhebung eines Theils der in dieser Constitution hinsichtlich des procurator in rem alienam anerkannten Grundsätze durch l. 7 C. Th. eod. — — 15) Die hier gewählte Leseart ist nicht ganz sicher. Gothofred liest: procuratores tantum adversus pulsantes, nec non et domini cett., verfehlt dann aber den Gegensatz, den das zu procuratores gestellte tantum einleitet, und bemerkt daher selbst: die Cujacische Ausgabe habe: adversus pulsatos manent: non et domini, und am Rande sei dazu notirt: pulsantes, nam non et domini. Die Cujacische Leseart: pulsantes manent; non cett. enthält, abgesehen von dem offenbar unrichtigen: pulsatos denselben Sinn, welchen die Randbemerkung deutlicher ausdrückt; nämlich daß der Beklagte nur procuratores, der Kläger dominos procuratoresque ernennen könne. — Die Randbemerkung giebt ohne Zweifel die richtige Leseart. — — 16) S. Th. II, §. 25.

met ipsi defensare)[17]), in dieser Sache soll er nach der litiscontestatio einen procurator, welcher utiliter suo nomine klagt (alium procuratorem, qui repetat ut dominus), ernennen, diese Sache nach der litiscontestatio auf Erben und sonstige Nachfolger übertragen können. Denn obgleich der Beklagte dem Kläger gegenüber nur solche procuratores, welche im Namen des Mandanten[18]), nicht auch solche, welche im eignen Namen auftreten (procuratores tantum nam non et domini), gültig bestellen kann[19]), weil der Kläger nicht selten ein begründetes Interesse haben wird, daß ihm nicht, wenigstens nicht ohne satisdatio judicatum solvi des dominus[20]), anstatt des dominus der procurator verurtheilt werde: so ist doch dem Kläger rechtlich gestattet, auch solche procuratores zu bestellen, welche utiliter im eignen Namen auftreten (domini procuratoresque), weil der Beklagte kein Interesse hat, daß der procurator anstatt des dominus nicht im eignen, sondern im fremden Namen klage.

Wie sich aus alle Diesem ergiebt, daß das vom procurator in rem suam direct Namens des Cedenten verfolgte Klagerecht mit der litiscontestatio in Form der obligatio judicii dem Vermögen des procurator in rem suam anzugehören beginnt, so muß daraus umgekehrt geschlossen werden, daß dasselbe mit demselben Zeitpunkte dem Vermögen des Cedenten anzugehören aufhört. Wirklich war ja auch das Klagerecht des Cedenten von diesem Augenblicke an nach Vorjustinianeischem Rechte processualisch ipso jure oder ope exceptionis rei in judicium deductae für immer aufgezehrt. Das Justinianeische Recht hat daran freilich so viel geändert, daß das Klagerecht des Cedenten nie mehr ipso jure erlischt[21]), sondern nur noch nach dem Urtheile der exceptio rei judicatae und nach der litiscontestatio der exceptio rei in judicium deductae unterliegt[22]), und daß selbst

---

17) Die Form defensare findet sich unter anderem in l. 3 C. Th. de his, qui ad eccles. (9. 45), l. 17 C. Th. de haeret. (16. 5), l. 5 C. Th. de jurisd. (2. 1), l. 134 C. Th. de decur. (12. 1), l. ult. C. Th. de adulter. (9. 7). — — 18) l. 31 §. 2 D. de neg. gest. (3. 5). — — 19) l. 29 D. de procur. (3. 3) in Verbindung mit l. 3 D. fam. herc. (10. 2). — — 20) l. 42 §. 2, l. 46 pr. D. de procur. (3. 3), l. 10 D. judic. solvi (46. 7). — — 21) §. 5 J. de except. (4. 13). — — 22) Schol. des Thalel. 14 zu Basil. XVII, 2 c. 3 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 156): *ἔγνως γὰρ τῶν ἐξτραορδιναρίων ὅμοια σήμερόν ἐστι πάντα τὰ δικαστήρια, καὶ ἐκ δευτέρου κινεῖται καλῶς τοῦτο τὸ δικαστήριον, ἀντίκειται δὲ αὐτῷ ἡ* rei in *ἰουδικίουμ* deductae *ἢ* rei judicatae *παραγραφή*. — didicisti enim, hodie omnia judicia extraordinariis similia esse, ideoque recte iterum hoc judicium movetur, sed obstat ei rei in judicium deductae et rei judicatae exceptio. l. 30 D. de judic. (5. 1), l. 2 C. Th. de judic. (2. 18) = l. 10 C. J. eod. (3. 1), l. 4 C.

die letzterwähnte Einrede nur während des Schwebens, nicht auch nach Beendigung des vom procurator in rem suam geführten Processes dem Cedenten entgegengesetzt werden kann [23]), der Cedent also unbehindert ist, so oft der Proceß in eine bloße Aufhebung der Instanz ausläuft, sein Klagerecht aufs Neue zu verfolgen [24]); allein immer verbindet doch die litiscontestatio des procurator in rem suam den Cedenten, den Ausgang des Processes abzuwarten, und dieser schließt dann in der Regel, sofern ein novirendes Urtheil [25]) nachträglich offenbart, daß die litiscontestatio eine Delegation eingeleitet habe, den Cedenten für immer vom Klagerechte aus. Nur in den Ausnahmsfällen, wenn der procurator in rem suam zur Zeit oder angebrachter Maßen zurückgewiesen wird, erhält der Cedent die freie Verfolgung seines Klagerechts zurück, indem die Folgen der litiscontestatio hinterher rescindirt werden [26]).

Im Allgemeinen bleibt es also auch in späterer Zeit Rechtens, das vom procurator in rem suam direct Namens des Cedenten geltend gemachte Klagerecht bis zur litiscontestatio dem Vermögen des Cedenten, nach der litiscontestatio dagegen dem Vermögen des procurator in rem suam zuzuzählen.

III. Die actio judicati des procurator in rem suam hat in Gelde oder — nach Justinianeischem Rechte unter Umständen auch — in Natur dasjenige zum Inhalt, was der Cedent bei strengen Klagen zur Zeit der litiscontestatio, bei freien Klagen zur Zeit des Urtheils würde zu fordern gehabt haben.

Dieser Rechtsatz ist ebenso wahr als richtig und doch in der Regel §. 13.
verkannt oder wenigstens übersehen worden, vorzüglich von denen, welche überhaupt keinen Unterschied zwischen dem directe agere alieno nomine und dem utiliter agere suo nomine zulassen. Man darf aber nur die Formel des direct aus der Person des Cedenten klagen-

---

de jurisdict. (3. 13), l. 12 C. de judic. (3. 1), l. ult. §. 7—10 C. de re milit. (12. 36), l. 4 C. de in jus vocat. (2. 2), l. 1 §. 3 C. de assert. toll. (7. 17). Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 16 ff. S. 284 ff. Buchka, Einfluß des Proc. Th. 2, S. 21 ff. S. 127 ff. — — [23]) l. 12 C. de judic. (3. 1), l. 4 C. de in jus voc. (2. 2). — — [24]) l. 13 §. 2 C. de judic. (3. 1), l. 73 §. 2 D. eod. (5. 1). Nov. Theod. c. 78 §. 14. — — [25]) l. 3 pr. C. de usur rei jud. (7. 54) . . Si enim novatur judicati actione prior contractus. — — [26]) S. Th. II, S. 94 not. 36.

den procurator in rem suam betrachten [1]), um sich zu überzeugen, daß das Urtheil dem Letzteren nichts anderes zuerkennen kann, als den Geldwerth dessen [2]) oder — nach Justinianeischem Recht, soweit sonst thunlich — geradezu [3]) dasjenige, was der Cedent bei strengen Klagen zur Zeit der litiscontestatio, bei freien Klagen zur Zeit des Urtheils zu fordern hatte. Die dem judex ertheilte Anweisung geht ja bei der Klage des procurator in rem suam wie bei der des procurator in rem alienam gleichlautend dahin, den Beklagten dem procurator in Gelde zu demjenigen zu verurtheilen, was dem dominus hätte geleistet werden müssen. Der procurator in rem suam kann also in dieser Beziehung keine andere Stellung einnehmen, als der procurator in rem alienam, wenngleich die erstrittene actio judicati in diesem Falle ohne Weiteres auf den dominus übergeht, in jenem dem procurator zu eigner Geltendmachung verbleibt [4]), und demgemäß auch die dem Anspruche des dominus entsprechende satisfactio, damit der Beklagte Absolution erlange, hier dem dominus in Person, dort dem procurator Namens des dominus zu entrichten ist [5]). Dagegen weicht gerade das utiliter agere suo nomine vom directe agere alieno nomine darin ab, daß dort z. B. wegen Verzugs des Schuldners nicht das Interesse des Cedenten, sondern das eigne Interesse des Cessionars den Gegenstand der Klage und den Maßstab der Verurtheilung bildet [6]).

Das Interesse hängt seinem Betrage nach von thatsächlichen, nicht von rechtlichen Umständen ab [7]). Daher kann das Interesse des Cedenten wesentlich verschieden sein vom Interesse des Cessionars und zu Gelde angeschlagen bald mehr bald weniger betragen. Man denke z. B. folgenden Fall: B hat von A ein Pferd zu fordern, welches er vor der Uebergabe für 200 Thlr. an C verkauft, indem er zugleich seine Klage gegen A an C cedirt. Darauf sinkt der Preis der Pferde durch eine plötzliche Conjunctur um 25 Procent, so daß das verkaufte Pferd nur noch einen gemeinen Werth von 150 Thlr. hat. Weigert nun A die Uebergabe des Pferdes, so beträgt das Interesse des dadurch am Empfange des Kaufgelds zu 200 Thlr. verhinderten B 200 Thlr., das Interesse des lediglich um den gemeinen Werth des Pferdes ver-

---

[1]) S. Th. 1, S, 13 f. — — [2]) Gaj. IV, 52. l. 4 §. 3 D. de re judic. (42. 1). Plaut. Mostellar. V, 1, 1099. cf. Voigt, condictiones ob causam S. 255 not. 192. — — [3]) §. 32 J. de act. (4. 6), l. 3 §. 1 C. de usur. rei jud. (7. 54), l. 14 C. de sent. et interloc. (7. 45), l. 17 C. de fideic. libert. (7. 4) . . cf. Schol. Steph. 59 zu Basil. XV, 1 c. 17 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 13). — — [4]) S. S. 11. — — [5]) S. S. 17 ff. — — [6]) S. §. 34. — — [7]) l. 24 D. de reg. jur. (50. 17).

kürzten C dagegen bloß 150 Thlr., und C als Cessionar wird diese oder jene Summe erlangen, je nachdem er gegen A direct in des Cedenten oder utiliter im eignen Namen klagt. Ferner: B hat an C die actio quod metus causa cedirt wegen einer ihm von B gewaltsam weggenommenen Sache, von welcher er für 200 Thlr. Früchte hätte ziehen können, während C nur für 150 Thlr. Früchte zu ziehen im Stande gewesen sein würde. In diesem Falle hat A an Früchten zu ersetzen, so viel der Kläger zu ziehen vermocht hätte [8]), also abermals 200 Thlr. oder 150 Thlr., je nachdem C direct im Namen des Cedenten oder utiliter im eignen Namen auftritt. Ebenso kann unter entgegengesetzten Voraussetzungen umgekehrt das Interesse des Cessionars sich höher belaufen, als das Interesse des Cedenten, so daß bald das directe agere alieno nomine, bald das utiliter agere suo nomine für den Cessionar günstiger ist.

Darin liegt ein Hauptgrund, warum häufig bei den Römern auch solche Personen, welche ohne Weiteres kraft fingirter Cession utiliter im eignen Namen klagen durften, daneben ein wirkliches mandatum agendi sich verschafften und vermöge desselben direct in des Cedenten Namen Klage erhoben [9]), oder, falls sie nicht sofort Klage erheben konnten, sich caviren ließen, daß ihnen gestattet bliebe, procuratorio nomine die cedirten Klagen zu verfolgen [10]).

Eben darin liegt der Schlüssel zum richtigen Verständniß folgender Pandectenfragmente:

1. Hermogenianus lib. 2 Juris Epitomatorum [11]).

Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellatur.

Hermogenian, welcher nicht vor der Mitte des vierten Jahrhunderts schrieb [12]), muß bereits mit denjenigen Rescripten, welche dem Forderungskäufer ohne Weiteres utiles actiones gewährten [13]), bekannt gewesen sein und demnach entschieden haben:

Wenn der Käufer nach dem Verkaufe der Forderung vom Schuldner durch Zahlung oder Compensation befriedigt wird, soll er genöthigt sein, das Empfangene ohne Abzug (integrum) dem Käufer zu erstatten. Beträgt also z. B. das Interesse des Käufers nur 150 Thlr., dagegen das Interesse des Verkäufers, welches der

---

[8]) l. 12 pr. D. quod met. c. (4. 2), l. 4 C. unde vi (8. 4) in Verbindung mit l. 1 §. 41 D. de vi et de vi arm. (43. 16). — — [9]) l. 17 D. de transact. (2. 15), l. 2 §. 3. 8 D. de her. vel act. (18. 4), l. 4, l. 5 C. eod. (4. 39). — — [10]) S. Th. II, §. 7 Nr. III, S. 76 ff. — — [11]) l. 23 §. 1 D. de her. vel act. (18. 4). — — [12]) Zimmern, Rechtsgesch. Th. 1, §. 104 (S. 388 ff.). — — [13]) S. Th. 1, S. 199 ff.

Schuldner dem Letzteren baar oder durch Abrechnung gezahlt hat, 200 Thlr, so darf der Käufer nicht bloß 150 Thlr., sondern volle 200 Thlr. vom Verkäufer einfordern; denn wollte sich der Verkäufer darauf berufen, daß der Käufer mit der durch den Kauf ohne Weiteres erlangten utilis actio aus eignem Rechte nur 150 Thlr. vom Schuldner einzuklagen vermocht hätte, so würde ihm erwidert werden, der Käufer sei auch berechtigt gewesen, vom Verkäufer die Ertheilung des mandatum agendi zu verlangen und durch die mit Hülfe desselben aus dem Rechte des Verkäufers anzustellende directa actio die vollen 200 Thlr. vom cedirten Schuldner einzutreiben. Der Verkäufer ist also mit Recht für verbunden erachtet, das Eingezogene ohne Mangel dem Käufer herauszugeben und nicht etwa denjenigen Betrag abzuziehen, um welchen das Interesse des Cessionars unter dem Interesse des Cedenten zurückbleibt.

2. Ulpianus lib. 76 ad Edictum[14]).

Quod si is, cui pecunia debeatur, cum debitore decidit et nomen ejus vendidit Sejo, cui debitor mandaverat, ut nomen emeret, deque ea re emtor stipulatus est; deinde creditor eam pecuniam retinet, quam per judicem abstulit: an emtor ex stipulatu possit experiri? Et Ofilius putat, si nominis venditor paratus non sit reddere quantum a debitore[15]) acceperit, non nocituram exceptionem doli mali: et puto sententiam Ofilii veram.

Das 76. Buch seines Edictcommentars schrieb Ulpian nach Septimius Severus[16]) und vielleicht selbst nach Elegabalus und nach dem Jahre 222 unter Severus Alexander[17]), jedenfalls aber zu einer Zeit, als beim Forderungskaufe der auf fingirter Cession beruhende Uebergang von utiles actiones schon Rechtens geworden war[18]). Die schwierige Stelle betrifft also folgenden Fall:

---

[14]) l. 4 §. 6 D. de doli mali exc. (44. 4). Basil. LI, 4 c. 4 §. 6 (Heimb. V, p. 95). cf. Hotomanni observ. VIII, 19. Kritz, Rechtsfälle Th. 2, S. 314. — — [15]) Die Florent. liest: ab emtore. Deßungeachtet ist unbedenklich die nach dem Zeugniß der Glosse durch Handschriften gleichfalls beglaubigte Lesart: a debitore vorzuziehen, weil die Stelle sonst nicht anders einen erträglichen Sinn giebt, als unter der immer mißlichen Voraussetzung, daß der Gläubiger eine Kaufgeldforderung (actio venditi) abgetreten und Ulpian unter dem zuletzt erwähnten emtor nicht den Forderungskäufer, sondern den debitor cessus verstanden habe. — — [16]) l. 3 pr., l. 11 pr., l. 18 §. 1. 2 D. de minor. (4. 4), l. 13 §. ult. D. de jurejur. (12. 2), l. 11 D. de compens. (16. 2), l. 7 §. 6 D. de injur. (47. 10). — — [17]) l. 5 §. 25. 16 D. ut in poss. legat. (36. 4), fr. Vat. §. 266. — Fitting, über das Alter der Schriften röm. Juristen S. 42. — — [18]) S. Th. I, S. 199 ff.

Ein Gläubiger A, welcher Geld zu fordern hat, bringt gegen den Schuldner B auf Zahlung, läßt sich aber in Güte bewegen, von dem beabsichtigten Processe abzustehen. Es wird zu dem Ende verabredet, ein Dritter, Namens Sejus, solle die Forderung kaufen und durch den Kaufpreis den A auch für B befriedigen. Sejus geht im Auftrage, also mit Wissen und Willen des B auf diesen Vorschlag ein, kauft die Forderung und bezahlt den Kaufpreis, läßt aber den A durch Stipulation noch besonders versprechen, seine Verpflichtungen als Verkäufer treu zu erfüllen, wohin namentlich gehört, den Klagauftrag zu ertheilen und im Fall des Erlöschens zu erneuern, damit der Käufer nach Belieben utiliter suo nomine oder direct procuratorio nomine klagen könne [19]). A greift trotzdem auf die Klage gegen B zurück und B, welcher seines Wissens um den Statt gehabten Forderungskauf ungeachtet versäumt, die directa actio des A mit der exceptio doli zurückzuweisen [20]), wird vom judex dem A verurtheilt und leistet demselben in Folge dessen Zahlung. A hat sich durch die Klaganstellung und den Zahlungsempfang die Ertheilung oder Erneuerung des Klagauftrags unmöglich gemacht, wird aber nichtsdestoweniger von C dieserhalb aus dem Stipulationsversprechen belangt und opponirt nun die exceptio doli, indem er sich darauf beruft, C habe kein Interesse an dem Klagauftrage, weil er ohne diesen im eignen Namen gegen B eine utilis actio habe und in deren Geltendmachung durch die Klaganstellung und den Zahlungsempfang seiner, des A, nicht beeinträchtigt worden sei. Ulpian läßt die unverminderte Wirksamkeit der dem Sejus durch den Forderungskauf zu Theil gewordenen utilis actio unbestritten, nimmt aber gleichwohl an, daß Sejus an der durch den Klagauftrag bedingten Möglichkeit des directe agere alieno nomine ein Interesse haben könne, sofern er nicht erhalte, was A von B eingetrieben habe. Ulpian verwirft deshalb die exceptio doli, wenn A nicht bereit sei, so viel er von B eingetrieben, dem Sejus herauszugeben.

Ulpian bezieht sich dabei auf Ofilius, einen Zeitgenossen des Julius Cäsar [21]), welcher ohne Rücksicht, ob der Forderungsverkäufer den damals noch durchaus nöthigen Klagauftrag ertheilt habe oder nicht, den Grundsatz aufstelle, daß der Verkäufer, welcher nach dem Verkaufe Geld vom Schuldner eingenommen habe, die auf Ertheilung oder Erneuerung des Klagauftrags gerichtete Stipulationsklage des Käufers nicht ohne Herausgabe alles vom Schuldner Empfangenen

---

19) S. Th. II, §. 7. — — 20) l. 17 D. de transact. (2. 15), l. 28 pr., l. 39 §. 1 D. de procur. (3. 3). S. Th. II, §. 19. — — 21) Zimmern, Rechtsgesch. Th. 1, §. 79 (S. 294).

durch doli exceptio entkräften könne[22]; ein Grundsatz, der sich in den Rechtsbüchern auch da angewandt findet, wo die Cessionsverpflichtung nicht auf einem Stipulationsversprechen beruhet[23], und der vollkommen richtig ist, weil der Cessionsberechtigte unter allen Umständen verlangen kann, durch Ertheilung, beziehungsweise Erneuerung des Klagauftrags zum directe agere alieno nomine in den Stand gesetzt zu werden, wegen seines Interesse an dieser Leistung aber nicht eher befriedigt ist, bis ihm der Cedent alles vom Cessus Eingehobene ohne Abzug herausgezahlt hat.

3. Africanus lib. 7 Quaestionum[24].

Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris, ac post debitori ejusdem heres existas, actione ex emto teneberis. (§. 1) Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, cum quis ipse creditori suo heres exstitit, et hereditatem vendidit.

Mag Africanus unter Alexander Severus[25] oder, wie Viele annehmen[26], früher gelebt haben, immer muß er schon mit dem Rescripte Antonins des Frommen bekannt gewesen sein, welches dem Erbschaftskäufer ohne wirklichen Klagauftrag utiles actiones verleihet[27]. Der Sinn obiger Worte ist demnach:

Wenn der Erbschaftsverkäufer nach dem Verkaufe Erbe eines Erbschaftsschuldners geworden und durch die eingetretene Confusion außer Stand gesetzt ist, dem Käufer zur Anstellung der directen Klage den schuldigen Auftrag zu ertheilen, so haftet er ex emto, weil der Käufer zwar die mit dem Erbschaftskaufe durch fingirte Cession erlangte utilis actio auf das eigne Interesse nach wie vor durchsetzen kann[28], aber der Möglichkeit beraubt ist, durch die aus des Verkäufers Person zu begründende directa actio das Interesse des Verkäufers zu verfolgen. Da nämlich die Confusion der Zahlung gleich wirkt[29], so würde der Erbschaftsverkäufer durch die Confusion wirklich

---

22) l. 21 in f. D. de her. vel act. (18. 4) . . . actiones suas praestare debet, . . . et sic aestimationem quoque. — — 23) l. 14 pr. D. de furt. (47. 2) . . . Mandare eum plane oportebit emtori furti actionem et condictionem et vindicationem: et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emtori oportebit. — l. 21 §. 2 D. de liberat. leg. (34. 3), l. 31 pr. C. de jure dot. (5. 12). — — 24) l. 20 D. de her. vel act. (18. 4). Cujac. in tract. ad Afric. lib. VII. (opp. I, p. 1393 sq.). — — 25) Lamprid. in vita Alexandr. Sever. c. 68. — — 26) Zimmern, Rechtsgesch. Th. I, §. 94 (S. 350 ff.). Fitting, über das Alter der Schriften röm. Juristen S. 15. — — 27) l. 16 pr. D. de pact. (2. 14). S. Th. I, S. 196 f. — — 28) S. Th. II, §. 35. — — 29) l. 21 §. 5, l. 50, l. 71 pr. D. de fidej. (46. 1), l. 33 D. sol. matrim. (24. 3), l. 21 §. 1 D. de liber.

auf Unkosten des Käufers so viel gewinnen, als das mit der directa actio zu erreichende Interesse des Verkäufers über das den Gegenstand der utilis actio bildende Interesse des Käufers etwa hinausginge. Die Unbilligkeit dieses Erfolges berechtigt den Erbschaftskäufer zur Anstellung der actio emti auf Leistung alles desjenigen, was die Confusion dem Verkäufer zugewandt und dem Käufer entzogen hat [30]).

Dasselbe Klagerecht würde der Käufer haben, wenn die Confusion vor dem Erbschaftsverkaufe eingetreten wäre, und zwar, wie African sagt, aus einem einfacher zu erklärenden Grunde [simplicius [31])], weil nämlich hier dem Käufer auch die utilis actio suo nomine nicht zustehet, folglich der aus deren Zuständigkeit im ersten Falle entlehnte Zweifel nicht einmal auftauchen kann [32]).

Uebrigens ist es nur eine folgerechte Anwendung desselben dahin ausgesprochenen Grundsatzes: neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset [33]), daß umgekehrt dem Erbschaftsverkäufer ein Klagerecht gegen den Käufer eingeräumt wird, falls er vor oder nach dem Verkaufe eine ihm selbst gegen die Erbschaft zustehende Forderung durch Confusion verloren hat [34]).

Alle diese Entscheidungen bestätigen, daß der direct in des Cedenten Namen klagende Cessionar nicht das eigne Interesse, sondern das Interesse des Cedenten zu erlangen berechtigt ist.

Demgemäß wird auch in arbitrariis judiciis, so oft ein procurator, sei es in rem alienam, sei es in rem suam in fremdem Namen klagt, der Beklagte mittelst des arbitratus judicis befehligt, dem dominus — wenngleich beim procurator in rem suam nicht ohne durch diesen vertreten zu werden [35]) — zu restituiren, beziehungsweise zu exhibiren; mittelst der sententia judicis dagegen verurtheilt, dasjenige Interesse, welches der dominus an der unterbliebenen Restitution oder Exhibition hat, dem procurator zu zahlen. Folgeweise ist der procurator vom jusjurandum in litem ausgeschlossen; denn das individuelle Interesse, welches den Gegenstand des Würderungseides bildet [36]), kann zutreffend nur vom be-

---

leg. (34. 3), l. 95 §. 2 D. de solut. (46. 3), l. 41 D. de evict. (21. 2). cf. l. 75, l. 107 D. de solut. (46. 3). — — [30]) arg. l. 58 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). Mühlenbr., Cess. §. 51, S. 516. — — [31]) cf. l. 35 fin. D. locati (19. 2). — — [32]) l. 2 §. 6 D. de her. vel act. (18. 4), l. 37 pr. D. de pecul. (15. 1), cf. l. 27 §. 11 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 83 D. ad leg. Falcid. (35. 2). — — [33]) l. 2 pr. D. de her. vel act. (18 4). — — [34]) l. 2 §. 15. 18, l. 24 D. de her. vel act. (18. 4), cf. l. 41 §. 2 D. de evict. (21. 2), l. 45 D. de condict. indeb. (12. 6). — — [35]) S. S. 18 ff. — — [36]) l. 3, l. 8 D. de in lit. jur. (12. 3), l. 2 C. eod (5. 53), l. 16 §. 3 D. de pign. (20. 1), cf. l. 5 §. 1 D. ne quis eum (2. 7). — S. v. Schröter in Zeitschr. f. Civilr. und Proc. Bd 7, S. 395 ff.

züglichen Individuum[37]), also, was den dominus anlangt, nur von diesem, nicht von dem procurator, und zwar sowenig von dem procurator in rem suam, wie vom procurator in rem alienam geschätzt werden. Es heißt deshalb bei

Ulpianus lib. 8 ad Edictum[38]).

Vulgo praesumitur, alium in litem non debere jurare, quam dominum litis. Denique Papinianus ait: alium non posse jurare, quam eum, qui litem suo nomine contestatus est.

Nach dem ersten Theile der Stelle soll Niemand den Schätzungseid schwören, als der dominus litis; also nicht der Stellvertreter, dafern von Proceßführung auf fremdem Namen die Rede ist. Freilich ist der Ausdruck dominus litis zweideutig, weil nach der litiscontestatio auch der Vertreter so genannt wird. Damit jedoch kein Zweifel entstehe, wer hier unter dem dominus litis gemeint sei, fügt Ulpian im zweiten Theile den Ausdruck bei, welchen Papinian dem Gedanken gegeben hat. Danach soll zur Ausschwörung des Schätzungseides Niemand zugelassen werden, als wer im eignen Namen litem contestirt hat. Im eignen Namen litem contestiren heißt im eignen Namen klagen, wie zum Ueberfluß die Basiliken bestätigen durch die Uebersetzung: *Μόνος ὁ ἰδίῳ ὀνόματι ἐνάγων ὄμνυσι τὸν ἔνδικον ὅρκον*[39]).

Gewiß ist also, daß der in fremdem Namen klagende procurator weder als procurator in rem suam, noch als procurator in rem alienam den Würderungseid schwört[40]).

Auch daran erprobt sich der an die Spitze dieses Paragraphen gestellte Satz, dessen Wahrheit zu beweisen wir bemühet gewesen sind.

Nothwendig gleich ist das Interesse des Cedenten dem Interesse des Cessionars nur dann, wenn der Cedent nicht selbständig, sondern bloß deshalb, weil er zur Cession eines Klagerechts verpflichtet ist, an dem Haben des Klagerechts ein Interesse hat[41]). In diesem Falle kann der Cedent, mag er in Person oder durch den direct im fremden

---

37) l. 4 pr. D. de in lit. jur. (12. 3). — — 38) l. 7 D. de in lit. jur. (12. 3), cf. Schol. 4 Abs. 1 a. E. zu Basil. XXII, 6 c. 5 (Heimb. II, p. 581). 39) Basil. XXII, 6 c. 7 (Heimb. II, p. 581 sq.): Solus, qui suo nomine agit, in litem jurat. — — 40) cf. Schol. 1 zu Basil. XXII, 6 c. 7 (Heimb. II, p. 582). — — 41) l. 36 D. de fidej. (46. 1), l. 14 pr. D. mand. (17. 1), l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3). — Vergl. Seuffert, Arch. Bd. 11, Nr. 36, Bd. 14, Nr. 23, S. 32 not. 3. — Neues Arch. f. Handelsr. Bd. 1, S. 48 ff. — l. 8 §. 3 D. mand. (17. 1).

Namen auftretenden Cessionar klagen, als sein Interesse dem Schuldner nur diejenige Summe berechnen, welche er selbst dem Cessionsberechtigten als Aequivalent der Cession zu bezahlen haben würde, so daß sich das Interesse des Cedenten durch das Interesse des Cessionars bestimmt und der Cessionar kein anderes Ergebniß durch das directe agere alieno nomine, als durch das utiliter agere suo nomine erlangt [42]).

Abgesehen von diesem Ausnahmsfalle wird es aber immer Zufall sein, wenn sich das Interesse des Cedenten mit dem Interesse des Cessionars deckt, mithin von dem utiliter agere proprio nomine und dem directe agere alieno nomine kein verschiedener Erfolg zu erwarten ist; denn — um es zu wiederholen — quatenus cujus intersit, in facto, non in jure consistit [43]).

IV. Dem procurator in rem suam nützen die sachlichen Privilegien immer, dagegen die persönlichen Privilegien des Cedenten oder die eignen Privilegien nur, je nachdem er die Person des Cedenten oder die eigne Person vertritt [1]).

Sachliche, zur Begünstigung eines gewissen Rechtsverhältnisses bestimmte Privilegien (privilegia causae) sind Zubehörungen des Rechtsverhältnisses, welche mit diesem auf jeden Nachfolger übergehen [2]) und, was den procurator in rem suam anlangt, wirksam werden, mag der Procurator im Namen des Cedenten oder im eignen Namen handeln [3]). Als Beispiele dienen die Pfandvorrangsprivilegien der Zeit [4]), der Publicität [5]), der in rem versio [6]) und selbst der Grundsteuern [7]), welche sämmtlich ohne Rücksicht auf die Person des Gläu- §. 14.

[42]) So ist es im zweiten Falle der l. 1 §. 11 D. depositi (16. 3), cf. l. 28 D. de neg. gest. (3. 5). — — [43]) l. 24 D. de reg. jur. (50. 17).

[1]) Literatur s. bei Mühlenbruch, Ceff. §. 25, S. 280 ff. §§. 56—58. Koch, Uebergang der Forderungsrechte §§. 31—33. Glück, Pand. Bd. 16, S. 397 bis 412. Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 656 ff. Donelli comm. XV, 44 §. 26. — — [2]) l. 68, l. 196 D. de reg. jur. (50. 17). Unger, Syst. des österreich. Privatr. Bd. 1, §. 65. — — [3]) l. 68 D. cit. . . . ubi vero genus actionis id (sc. privilegium) desiderat, ibi, ad quemvis persecutio ejus pervenerit, non deficiat ratio auxilii. — — [4]) l. 10 D. qui potior. (20. 4), l. 12 §. 1 C. eod. (8. 18). — — [5]) l. 11 C. qui potior. (8. 18). — — [6]) l. 3 §. 1, l. 5, l. 6, l. 7 pr., l. 21 D. qui potior. (20. 4), l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15), l. 7 C. qui potior. (8. 18), l. 17 C. de pign. et hyp. (8. 14). Nov. 97 c. 3. Nov. 136 c. 3. — — [7]) l. 1 C. si propter publ. pens. (4. 46) . . . potior est causa tributorum. — cf. l. 7 D. de publican. (39.

digers ertheilt worden sind und daher als Eigenschaften des in der Pfandklage bestehenden Pfandrechts jedem Cessionar nützen, welcher die Pfandklage geltend zu machen befugt ist.

Einen klaren Belag für diese Behauptung enthält unter anderen [8]) folgendes Rescript:

Impp. Valer. Gallien. A. A. et Valerian. C. Diodoro [9]).

Si in te jus fisci, cum reliqua solveres debitoris, pro quo satisfaciebas, tibi competens judex adscripsit et transtulit: ab his creditoribus, quibus fiscus potior habetur, res, quas eo nomine tenes, non possunt inquietari. — P. P. 15 cal. Jun. Aemiliano et Basso Coss. 260.

Diodor hat sich für Abgaben, welche ein Anderer dem Fiscus schuldet, verbürgt (satisfaciebat) [10]) und auf Anfordern des Fiscus die Rückstände (reliqua) des Schuldners bezahlt, zugleich aber durch den zur Vertretung des Fiscus berufenen Beamten Cession empfangen. Dieser Beamte wird der Procurator Caesaris gewesen sein. Gleichwohl würde es Befremden erregen, denselben competens judex genannt zu sehen, wenn man nicht anderweit wüßte, daß der Fiscus auch die von ihm gegen Privatleute zu führenden Processe vor sein durch den Procurator Caesaris besetztes Forum zog [11]) und namentlich dem dergestalt belangten Bürgen die durch exceptio doli geforderte Cession der Klagen gegen den Hauptschuldner gleich durch denselben Beamten in Form einer Sentenz ertheilen ließ [12]). Diodor wird also vor dem Procurator Caesaris aus seiner Bürgschaft verklagt sein und dann auf erhobene exceptio doli von demselben zuständigen Richter die Klagerechte des Fiscus gegen den Hauptschuldner durch ein Decret zugeschrieben und übertragen erhalten haben. In Folge dessen war er als Cessionar befugt, nach Belieben direct im Namen des Fiscus oder utiliter im eignen Namen zu klagen. Unter beiden Voraussetzungen soll er zur Geltendmachung derjenigen Pfandvorrangsprivilegien befähigt sein, welche der Fiscus hätte geltend

---

4), l. 36 D de jure fisci (49. 14), tit. C. sine censu (4. 47). — — [8]) l. 2 C. de his, qui in prior. loc. (8. 19), l. 11 C. de fidejussor. (8. 41). — — [9]) l. 7 C. de priv. fisci (6. 73), cf. l. 3 C. eod. Mühlenbruch, Ceff. S. 480 f. Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 656 ff. Unger, Syst. des österr. Privatr. Bd. 1, §. 65, S. 584 f. — — [10]) §. 41 J. de rer. div. (2.1), l. 19, l. 53 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 41 §. 1 D. de manum. test. (40. 4), l. 39 §. 1 D. de statu liber. (40. 7), l. 18 §. 2 D. de liberal. caus. (40. 2). — — [11]) l. 2, l. 8 C. ubi causae fisci (3. 26), l. 3 C. quando fisc. vel priv. (4. 15). — — [12]) l. 5 C. de sentent. et interloc. (7. 45).

machen können; denn von Pfandvorrangsprivilegien ist die Rede, weil sie gerade Sachen des Hauptschuldners, welche der Cessionar als Gläubiger besitzt, gegen Angriffe anderer Gläubiger desselben Hauptschuldners schützen sollen. Diese Pfandvorrangsprivilegien können aber nur in dem größeren Alter oder in der den öffentlichen Grundabgaben bewilligten Bevorzugung ihren Grund gehabt haben, da es sonstige Pfandvorrangsprivilegien des Fiscus wenigstens in jenem Zeitalter nicht gab [13]). Diejenigen Pfandvorrangsprivilegien, welche dem Diodor aus der Person des Fiscus unter allen Umständen zu Theil werden sollen, waren also sachliche, womit bewiesen ist, was zu beweisen stand.

Mühlenbruch wirft zwar ein [14]), daß es doch immer ein persönliches Privilegium des Fiscus sei, in der Regel auch ohne besondere Uebereinkunft ein Pfandrecht für seine Forderungen zu erlangen [15]); indeß mag immerhin ein so erlangtes Pfandrecht den Gegenstand unseres Rescripts gebildet haben, so ist doch andererseits nicht zu übersehen, daß eben jene als ein persönliches Vorrecht des Fiscus anzusehende Pfanderlangungsart, soweit sie im Spiele war, bereits in der Person des Fiscus ihre Wirksamkeit entfaltet und diejenige actio hypothecaria hervorgebracht hatte, um deren Cession es sich handelte, daß also nicht der Uebergang jenes persönlichen Pfanderlangungsvorrechts, sondern bloß der Uebergang eines vermöge jenes Vorrechts vom Cedenten bereits erlangten Pfandanspruchs bezeugt wird und die Cessibilität aller aus persönlichen Vorrechten in der Person des Cedenten schon entstandenen Klagerechte überall nichts Befremdliches hat [16]).

Fernere Beispiele sachlicher Vorrechte sind diejenigen privilegia exigendi, welche die Begünstigung gewisser Rechtsverhältnisse bezwecken, von denen aber auch eben deshalb feststeht, daß sie mit dem betreffenden Klagerechte jedem Cessionar zu Theil fallen [17]).

Persönliche Privilegien (privilegia personae) dagegen, welche zum Besten gewisser Klassen von Rechtsubjecten oder gewisser einzelner physischer oder moralischer Personen eingeführt sind, würden ohne die betreffenden Personen zu zwecklosen und unbegründeten Abweichungen

---

[13]) l. 8, l. 21 pr. D. qui potior. (20. 4), l. 2 C. de priv. fisci (7. 73), l. 2 C. de his, qui in prior. loc. (8. 19). Nicht entgegen ist l. 28 D. de jure fisc. (49. 14). — — [14]) Ceff. §. 56, S. 562 ff. — — [15]) l. 46 §. 3 D. de jure fisci (49. 14). — — [16]) S. Th. II, §. 9 Nr. 5, S. 104 f. Dieser Umstand wird häufig übersehen, z. B. im Rechtslexic. Bd. 1, S. 854. — — [17]) l. 2 D. de cess. bon. (42. 3), l. 24 §. 3 D. de reb. auctor. jud. poss. (42. 5), l. 1 §. 11 D. de exercit. act. (14. 1). S. Th. I, S. 354. 357.

vom jus commune herabsinken, sind daher mit den betreffenden Personen unlöslich verkettet, so daß sie nicht einmal auf Erben, geschweige auf Singularsuccessoren übergehen [18]) und demgemäß aus der Person des Cedenten dem procurator in rem suam nur zu Gute kommen, soweit er die Person des Cedenten vertritt, also im Namen des Cedenten handelt, nicht aber soweit er im eignen Namen thätig wird, mithin seine eigne Person vertritt und daher von eignen Privilegien, soweit er deren hat, Gebrauch machen kann [19]).

Beispiele sind die an einzelne juristische oder physische Personen ertheilten Steuerbefreiungen [20]), oder die Befreiungen von niedrigen Aemtern [21]), ferner die privilegia exigendi des Pfleglings hinsichtlich der aus der Geschäftsführung des Pflegers gegen den Pfleger zustehenden Forderungen [22]), der Ehefrau hinsichtlich der dos [23]) und des Fiscus wegen aller möglichen Forderungen mit Ausnahme der Strafgelder [24]); ferner das Vorrangsprivilegium, welches der Ehefrau und den Nachkommen derselben, quasi adhuc vivente matre eorum, hinsichtlich des für ihre Dotalrückforderung ihnen zustehenden gesetzlichen Generalpfandrechts nach Analogie des privilegium exigendi gegeben ist [25]), das Privilegium des Fiscus, ohne Stipulation oder Verzug von seinen Schuldnern 6 Proc. Zinsen zu fordern [26]) u. s. w.

Daß diese persönlichen Vorrechte wirklich unter der oberwähnten Regel stehen, ist zuvörderst in folgendem Rescripte ziemlich allgemein anerkannt worden:

---

[18]) l. 68, l. 196 D. de reg. jur. (50. 17), l. 19 §. 1 D. de reb. auct. jud. possid. (42. 5), l. un. C. de privil. dot. (7. 74). — — [19]) cf. Donelli comm. jur. civ. XV, 44. Unger, Syst. des österr. Privatr. §. 65, Th. III. v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. Th. 3, S. 130 Nr. 1. — — [20]) l. 3 §. 1, l. 4 §. 3 D. de censib. (50. 15), l. 9 §. 8 D. de publican. (39. 4). Theilweise unrichtige Ansichten finden sich im Rechtslexic. Bd. 1, S. 853 ff. — — [21]) l. 13 C. de excusat. muner. (10. 47). — — [22]) l. 19 §. 1, l. 20 — l. 24 pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5), l. 42, l. 44 §. 1 D. de adm. tut. (26. 7). — — [23]) l. un. C. de privil. dot. (7. 74). cf. l. 17 — l. 19 pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5), l. 74 D. de jure dot. (23. 3), l. 22 §. 13 D. solut. matrim. (24. 3). — — [24]) l. 10 pr. D. de pact. (2. 14), l. 34 fin. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5), l. 37 D. de jure fisc. (49. 14), l. 17, l. 48 §. 1 D. eod., l. un. C. poen. fisc. credit. praeferri (10. 7), Pauli sent. rec. V, 12 §. 10. — — [25]) l. 12 pr. §. 1 C. qui potior. (8. 18), §. 29 J. de act. (4. 6), Nov. 61 c. 1 §. 4. Nov. 91 c. 1. Nov. 97 c. 2 — 4. Nov. 109 c. 1. v. Löhr im Arch. f. civ. Pr. Bd. 5, S. 299 ff. Dabelow, Concurs S. 256 ff. Seuffert, Arch. XII, 145. — — [26]) l. 17 §. 5. 6 D. de usur. (22. 1), cf. l. 10 §. 1 D. de publican. (39. 4).

Imp. Alexander A. Onesimo [27]).

Emtor hereditatis actionibus mandatis eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit.

Mühlenbruch [28]) versucht die Deutung: „Der Erbschaftskäufer tritt, sobald ihm die Klagen abgetreten sind, in die Klagerechte des Verkäufers ein; doch werden ihm für diesen Zweck auch utiles actiones gegeben." Allein dieser Deutung steht entgegen, daß der Erbschaftskäufer nicht, sobald ihm die Klagen abgetreten sind, sondern sofern er direct in des Cedenten Namen klagt, erst in Form der obligatio judicii mit der litiscontestatio, und, sofern er utiliter im eignen Namen auftritt, schon mit der dem Kaufe verknüpften Cessionsdichtung in die Forderungsrechte des Verkäufers einrückt. Nach dem Sinne des Wortes: debet und nach dem durch quamvis angedeuteten Gegensatze zwischen den mandatae und utiles actiones wird daher jeder Unbefangene das Rescript vielmehr dahin verstehen:

„Der Erbschaftskäufer soll bei aufgetragenen Klagen dasjenige Recht gebrauchen, welches der, wessen Person er vertritt, gebraucht haben würde, obgleich angenommen wird, daß die erbschaftlichen Klagen auch als utiles dem Käufer verliehen werden." Das heißt: Der Erbschaftskäufer soll, wenn er auf Grund eines wirklichen Klagauftrags direct im Namen des Verkäufers klagt und insofern dessen Person vertritt, ebenmäßig dessen Recht anwenden, obgleich er die erbschaftlichen Klagen auch als utiles actiones im eignen Namen hätte anstellen können und dann als Vertreter seiner eignen Person auch sein eignes Recht würde anzuwenden gehabt haben.

Diese dem Wortsinne genau entsprechende Umschreibung läßt zwar annehmen, daß in dem vom Rescripte entschiedenen Falle das Recht des Verkäufers ungünstiger war, als das Recht des Käufers, und der Käufer, obwohl er auf Grund des Klagauftrags direct im Namen des Verkäufers geklagt hatte, den vom Kaiser zurückgewiesenen Versuch machte, nicht das Recht des Verkäufers, sondern sein eignes Recht zur Anwendung zu bringen, indem er sich darauf berief, daß er ja nach Belieben hätte utiliter im eignen Namen klagen können und dann statt des fremden Rechts sein eignes Recht anzuwenden gehabt hätte; indeß derselbe Grund, welcher im Falle des Rescripts eine dem Ces-

---

27) l. 5 C. de her. vel act. (4. 39). cf. Donelli comm. XV, 44 §. 25 (ed. Bucher. IX, p. 471). — — 28) Cession §. 16, S. 185 f.

sionar ungünstige Entscheidung zur Folge hatte, muß nothwendig den umgekehrten Erfolg herbeiführen, wenn zufällig das Recht des Cedenten mehr Vortheile darbietet, als das Recht des Cessionars, z. B. der Cedent persönlicher Vorrechte genießt, die dem Cessionar abgehen; so daß deßungeachtet durch das Rescript erwiesen wird: der Cessionar dürfe die persönlichen Privilegien des Cedenten nutzen oder nicht, je nachdem er direct aus des Cedenten Rechte oder utiliter aus eignem Rechte Klage erhebe [29]).

Auch dieser scheinbar umfassende Satz enthält jedoch lediglich eine Anwendung des noch allgemeineren Grundsatzes, daß der procurator in rem suam, so oft er in Vertretung des Cedenten oder in dessen Namen handelt, dessen Recht, so oft er dagegen in Vertretung seiner eignen Person oder in eignem Namen thätig wird, das eigne Recht zu gebrauchen hat. Es hat nämlich auch derjenige procurator in rem suam, welcher die intentio direct aus des Cedenten Rechte entlehnt, selbst schon vor der litiscontestatio mannigfache Proceßhandlungen, z. B. die Bestellung der cautio de rato, im eignen Namen zu vollziehen und in Bezug auf die betreffende Handlung dann auch nur sein eignes Recht, nicht das Recht des Cedenten anzuwenden. Das Uebersehen dieser Wahrheit hat erhebliche Irrthümer erzeugt, indem man den Unterschied der directae und utiles actiones allein als entscheidend ansah und nicht bedachte, den allerdings vorhandenen Unterschied der höheren Regel unterzuordnen, welche für die einzelnen Handlungen des direct und utiliter klagenden Cessionars erst wieder im Besonderen das entscheidende Maß giebt. Diese höhere Regel ist in der That ausnahmslos durchgreifend, wie nach beiden Richtungen hin näher nachgewiesen werden kann.

Nach der ersten Richtung findet sich eine interessante Probe in nachstehender Pandectenstelle:

Modestinus lib. 18 Responsorum [30]).

Herennius Modestinus respondit, ejus temporis, quod cessit, postquam fiscus debitum percepit, eum qui mandatis a fisco actionibus experitur, usuras, quae in stipulatum deductae non sunt, petere posse.

Der Fiscus übt das Vorrecht, von seinen Contractsschuldnern auch ohne Versprechen oder Verzug auf Grund einer fingirten Stipu-

---

[29]) cf. Donelli comm. XV, 44 §. 55. — — [30]) l. 43 D. de usur. (22. 1). S. Mühlenbr., Ceff. S. 581 ff. Francke in Schering's Arch. für rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 1, S. 271 ff. Ueber Basil. XXIII, 3 c. 43 (Heimb. II, p. 717) s. §. 36.

lation[31]) sechs Procent Zinsen zu fordern[32]), selbst dann aus, wenn er in die unverzinsliche oder geringer verzinsliche Forderung eines Anderen nachfolgt[33]). Hiernach ist es möglich, daß Modestin den Worten: debitum percipere unter den zwei denkbaren Bedeutungen: „das Geschuldete empfangen" und „eine Schuldforderung übernehmen" die zweite beigelegt hat. Diese Möglichkeit wird aber zur Wirklichkeit erhoben durch ein dafür sprechendes Zeugniß der Basilikenscholie[34]), und sogar zur Nothwendigkeit durch die dem ganzen Satze zu Grunde liegende und doch nur bei der zweiten Bedeutung zutreffende Voraussetzung der Wahrheit des umgekehrten Satzes, daß der Cessionar des Fiscus die Zinsen der Zeit, welche verfloß, antequam fiscus debitum percepit, nicht fordern könne. Da nun mandatis actionibus experiri so viel heißt, als directe agere alieno nomine[35]), so erörtert Modestin den Fall, daß der Fiscus, welcher als Erbe[36]) oder als utiliter suo nomine berechtigter Cessionar in die unverzinsliche oder geringer verzinsliche Forderung eines Dritten eingetreten ist, die Hauptforderung etwa aus einem Darlehn — condictio certi — nebst der bei ihm entstandenen Zinsforderung — condictio incerti quasi ex stipulatu[37]) — an einen Privatmann cedirt und dieser beide Forderungen direct im Namen des Cedenten einklagt. Unter diesen Umständen soll der Cessionar nach einem Rechtsgutachten Modestins, also nach den schon zu Anfang des dritten Jahrhunderts[38]) in Geltung gewesenen Grundsätzen des gemeinen Rechts[39]), gerade als ob der Fiscus selbst klagte, alle auch nicht ausdrücklich stipulirte Zinsen fordern dürfen, welche nach dem Uebergange der Hauptforderung auf den Fiscus fällig geworden sind.

Der Zeitpunkt, bis zu welchem der Zinsenlauf sich erstreckt, ist nicht angegeben, kann aber ebendeshalb nicht zweifelhaft sein. Da die über den Capitalanspruch des Fiscus Statt findende litiscontestatio des procurator in rem suam eine naturale Capitalforderung in der

---

31) Schol. 8. 9 zu Basil. XXIII, 3 c. 17. Schol. 1 zu Basil. XXIII, 3 c. 47. Schol. 12 zu Basil. XXIII, 4 c. 4 (Heimb. II, p. 699. 717. 739). Cujac. obs. XXVI, 25 (opp. III, p. 7). — — 32) l. 17 §. 5. 6 D. de usur. (22. 1), l. 10 §. 1 D. de publican. (39. 4). — — 33) l. 17 §. 6 D. de usur. (22. 1), l. 3 C. de fiscal. usur. (10. 8), l. 6 D. de jure fisci (49. 14). S. §. 21. — — 34) Schol. 8 zu Basil. XXIII, 3 c. 17 §. 5 (Heimb. II, p. 699), Schol. 1 zu Basil. XXIII, 3 c. 43 (Heimb. II, p. 717). — — 35) S. Th. I, S. 5 f. — — 36) Schol. 8 zu Basil. XXIII, 3 c. 17 §. 5 (Heimb. II, p. 699). — — 37) l. 75 D. de V. O. (45. 1), l. 8 D. de eo, quod certo loco (13. 4) in Verbindung mit Gaj. IV, 53. — — 38) cf. l. 5 C. ad exhib. (3. 42). Puchta, Institt. Bd. 1, S. 372. 468. 469. — — 39) Dio Cass. histor. 57. l. 8 §. 19 D. de transact. (2. 15), cf. Averanii interpret. I, 12 §. 42 sqq.

Person des Fiscus zurückläßt [40]), welche ausreicht, um der Forderung fortlaufender fiscalischer Zinsen zur Grundlage zu dienen [41]): so muß der procurator in rem suam nach vorjustinianeischem Rechte bis zur Rückzahlung des Capitals [42]), nach Justinianeischem Rechte wenigstens bis zum Urtheile über die Capitalforderung [43]) fiscalische Zinsen zu verlangen gehabt haben.

Das directe agere alieno nomine gewährt also dem Cessionar das Mittel, vom gewöhnlichen Zinsenprivilegium des Fiscus, wie der Fiscus selbst, Nutzen zu ziehen; eine Anwendung der Regel, daß der Cessionar das Recht dessen gebraucht, wessen Person er vertritt, wie sie nicht entschiedener gedacht werden kann, aber ebendaher auch der von vielen Auslegern für nothwendig gehaltenen Aenderung des Textes, wonach allen Handschriften zuwider zwischen petere und posse ein non eingefügt werden soll [44]), jeden Grund raubt; zumal die für diese Aenderung allein angeführten Basiliken auf anderen Voraussetzungen beruhen und ein Widerspruch des Modestin'schen Bruchstücks mit einem Bruchstücke Ulpians, welches untersucht, wann frühestens der in die Forderung eines Privaten nachfolgende Fiscus von seinen Privilegien, und darunter namentlich von seinem Zinsprivilegium Gebrauch machen könne [45]), nicht vorliegt.

In der zweiten Richtung, daß der procurator in rem suam, wo er im eignen Namen auftritt, einerseits vom Gebrauche fremder Vorrechte ausgeschlossen, andererseits zum Gebrauche eigner Vorrechte befugt ist, beweiset vor allem ein Bruchstück Papinians, welches den meisten Auslegern, und namentlich auch Mühlenbruch, unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet hat und nur von unserem Standpunkte aus folgerichtig und einfach erklärt werden kann. Die hierher gehörigen Worte lauten:

Papinianus lib. 1 Definitionum [46]).

Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem judex condemnavit: in rem suam judicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli da-

---

[40]) S. Th. II, S. 5 not. 1. S. 17. — — [41]) l. 35 D. de usur. (22. 1) im Gegensatze zu l. 18 D. de novat. (46. 2). Auch l. 1 C. de judic. (3. 1), über welche s. Basil. VII, 6 c. 1 (Heimb. I, p. 286) u. v. Savigny, Syst. Bd. 6, S. 160 f. — — [42]) Schol. 3 zu Basil. XXIII, 3 c. 61 (Heimb. II, p. 725). — — [43]) l. 3 C. de usur. rei jud. (7. 54). — — [44]) Cujac. obs. XXVI, 25 (opp. III, p. 751) ad Modestin. Respons. lib. 18 ad l. 43 D. de usur. (opp. VI, p. 692). Glück, Comment. Bd. 16, S. 404. — — [45]) l. 6 D. de jure fisci (49. 14). S. §. 21. — — [46]) l. 42 D. de admin. tut. (26. 7). S. Mühlenbr., Cess. S. 568 ff. Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 657 f.

tur: non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.

Papinian setzt einen durch wirklichen Klagauftrag bestellten procurator in rem suam voraus und unterscheidet nicht, ob derselbe direct in fremdem oder utiliter in eignem Namen klagt, muß also seinen Ausspruch auf beide Fälle gleichmäßig beziehen und dadurch an der Richtigkeit unserer früheren Ausführung irre machen, so lange nicht das eigenthümliche Wesen des privilegium exigendi zum Bewußtsein gelangt ist.

Eigenthümlich ist dem privilegium exigendi, daß dasselbe als ein Vorzugsrecht der Forderung im Concurse nicht sowohl zu der Klage, als zu der Execution, mag letztere Folge des ergangenen Urtheils oder eines in jure abgelegten Geständnisses sein [47]), in Verbindung tritt, daher mit der die Klage aufzehrenden confessio, litiscontestatio und res judicata nicht untergeht [48]), sondern mit den aus Urtheil und Geständniß hervorgehenden Rechtsmitteln erst sein eigentliches Wirken beginnt [49]). Erwägt man nun, daß diese Rechtsmittel vom procurator in rem suam aus dem auf seinen Namen gestellten Urtheile und dem von ihm selbst entgegengenommenen Geständnisse stets direct im eignen Namen verfolgt werden, mag er vorher direct im Namen des Cedenten oder utiliter im eignen Namen aufgetreten sein, indem er unter allen Umständen ein ihm eignes Forderungsrecht geltend macht, so ist ohne Weiteres klar, warum Papinian nicht anders, als geschehen, entscheiden konnte.

Weil das privilegium exigendi des Pupillen nicht der Sache, sondern der Person, welche besondere Berücksichtigung verdient, Unterstützung gewähren soll, deshalb steht dasselbe unter der Regel [50]): ut ubi personae conditio locum faciat beneficio, ibi, deficiente ea beneficium quoque deficiat. Das Privilegium muß also hinwegfallen, wie beim Erben [51]), so beim procurator in rem suam, welcher gleich jenem die betreffenden Executionsanträge in eignem Namen stellt; alles in Anwendung der vom Kaiser Alexander im vorerklärten Rescripte gegebenen Regel, daß der Cessionar das Recht dessen gebraucht, wessen Person er vertritt.

---

[47]) Paul. sent. rec. V, 5a §. 2. l. 1, l. 6 pr. §. 6 D. de confess. (42. 2), l. 31, l. 56 D. de re jud. (42. 1), l. un. C. de confess. (7. 59). — — [48]) l. 29 D. de novat. (46. 2). — — [49]) l. 22 D. de tutel. (27. 3). — — [50]) l. 68 D. de reg. jur. (50. 17), cf. reg. 7 in VIto de reg. jur. (5. 12). — — [51]) l. 19 §. 1 D. de reb. auctor. jud. possid. (42. 5), l. un. C. de privileg. dot. (7. 74).

Unterstützend schreibt auch die Basilikenscholie zu dem Texte:

Καὶ κατὰ τοῦ διεκδικητοῦ τοῦ ἐπιτρόπου κινῶν ὁ νέος ἔχει τὸ προνόμιον.

als Erläuterung:

Οὐκ ἔχει δὲ τὸ προνόμιον πουπίλλου· περσονάλιον γάρ ἐστι· μήτε τῷ ἰν ῥέμ σούαμ προκουράτωρι, μήτε κληρονόμῳ αὐτοῦ ἁρμόζον. ὡς βιβ. κς'. τιτ. ζ'. διγ. μά (richtiger μβ') [52]).

Denn wenn der frühere Pupill gegen den für den Tutor verurtheilten Defensor nicht das wegen Unmündigkeit, sondern das wegen Minderjährigkeit eingeräumte Privilegium zur Anwendung bringen soll, weil das Privilegium persönlich sei und weder dem procurator in rem suam, noch den Erben zukomme; so ist doch wohl bestätigt, daß bei der Frage nach dem privilegium exigendi nicht die Zeit des Klagursprungs, sondern die Zeit der Execution entscheidet, also eine Zeit, zu welcher der procurator in rem suam unter allen Umständen nicht die Person des Cedenten, sondern seine eigne Person vertritt.

Daraus folgt andererseits ganz von selbst, daß derjenige, welcher persönlich auf das privilegium exigendi einen allgemeinen Anspruch hat, dasselbe auch benutzen kann, wenn er als procurator in rem suam, sei es direct in des Cedenten Namen klagend durch litiscontestatio, sei es sofort durch den Gebrauch der ihm im eignen Namen gegebenen utiles actiones in die Forderung eines nicht privilegirten Gläubigers eingerückt ist. Auch dazu findet sich ein treffender Belag in den Pandecten, indem Ulpian [53]), ohne zwischen Universal- und Singularsuccession zu unterscheiden, dem Fiscus, welcher in das Recht eines Privaten succedirt, nach der Succession den Gebrauch seines Befriedigungsvorzugs einräumt. Freilich wird hinzugesetzt, daß die Wirksamkeit des Privilegiums erst beginne, nachdem der Schuldposten des überkommenen Schuldners zu den übrigen Forderungen des Fiscus in das öffentliche Schuldbuch eingetragen und dadurch jedem Dritten gegenüber als ein Bestandtheil des fiscalischen Vermögens erklärt worden sei; allein diese Hinausschiebung der Wirksamkeit geschieht nur, um von anderen Gläubigern des betreffenden Schuldners die Nachtheile

---

52) Basil. XXXVIII, 3 c. 22 (Heimb. III, p. 722): Etiam adversus defensorem tutoris agens adolescens privilegium habet. — Non habet autem privilegium pupilli: personale enim est: neque in rem suam procuratori, neque heredi ejus competit; ut lib. 26 tit. 7 dig. 41 (richtiger 42). — cf. Schol. 1 zu Basil. XXVIII, 8 c. 13 (Heimb. III, p. 252). — —
53) l. 6 D. de jure fisci (49. 14).

abzuwenden, welche sie sonst durch die plötzliche Bevorzugung einer ursprünglich nicht bevorzugten Forderung erleiden könnten, steht also mit unseren Ausführungen nichts weniger als im Widerspruch, sondern enthält nur eine Modification des im Uebrigen aufrecht erhaltenen Grundsatzes, welche wegen des dem privilegium exigendi eigenthümlichen Einflusses auf die Rechte dritter Gläubiger durch die Billigkeit geboten ist, wie demnächst näher dargethan werden wird [54]). Es braucht also nur noch darauf hingewiesen zu werden, wie auch die Voraussetzung der l. 5 C. de her. vel act. (4. 39), der Cessionar, soweit er utiliter im eignen Namen auftrete, könne eigne Vorrechte geltend machen [55]), auf dem allgemeinen Grundsatze beruhet, daß Niemand, welcher bei einer Handlung seine eigne Person vertritt, vom Genuß eignen, ihm noch so günstigen Rechts ausgeschlossen ist, um alles bewiesen zu haben, was zu beweisen war.

Wir haben nun die in den Rechtsbüchern enthaltenen Anwendungen des obigen Princips [56]) genauer erörtert und das Princip nach allen Seiten gegen Widerspruch befestigt. Wir sind dadurch in den Stand gesetzt, alle sonstigen Anwendungsfälle ohne Schwierigkeit richtig zu beurtheilen. Klagt z. B. ein Cessionar des Fiscus direct in des Cedenten Namen, so darf er zwar den Cessus vor das Forum des Fiscus ziehen und, sofern die Klagen des Fiscus erst in 40 Jahren erlöschen, ebenso lange vor Erlöschung der Klage gesichert sein, auch bei solchen Forderungen, welche gegen die Person des Fiscus die Compensation mit Gegenforderungen ausschließen, die zur Anregung der Compensation bestimmte exceptio doli nicht fürchten u. s. w., weil er bei Anstellung der Klage die Person des Fiscus vertritt, welcher jene Rechte zustehen [57]); darf dagegen dem verurtheilten Cessus die Appellation nicht verwehren, obgleich der Fiscus dieses Recht gehabt haben würde [58]), weil er nach der litiscontestatio den Proceß im eignen Namen führt, also die eigne Person darstellt, welcher jenes Recht nicht gebührt [59]). Ferner hat er zwar, wenn eine dem Cessus gegen den Fiscus zukommende Forderung zur Compensation gebracht wird, auf das Privilegium des

---

54) S. Th. II, §. 21. — — 55) S. Th. II, §. 36. — — 56) l. 6 D. de her. vel act. (18. 4) gehört nicht hierher. Vergl. §. 19. — — 57) l. 14 C. de fund. patrim. (11. 61). Vergl. indeß v. Savigny, Syst. Bd. 5, S. 360 ff. — l. 46 §. 5 D. de jure fisci (49. 14), l. 3, l. 7 C. de compens. (4. 31), l. 20 D. eod. (16. 2). — — 58) l. 4, l. 8 C. quor. appell. non recip. (7. 65). — — 59) l. 1 §. 12 D. quando appell. (49. 4).

Fiscus, daß die Gegenforderung binnen zwei Monaten bewiesen werde [60]), Anspruch, weil er in Betreff der Gegenforderung die Person des Fiscus vertritt, ist aber bei Leistung der cautio de rato nicht von Bürgschaftsstellung befreit, obgleich der Fiscus nur cautio nude promissoria zu stellen hätte [61]), weil er in dieser Rücksicht seine eigne Person vertritt, welche nicht privilegirt ist.

Dagegen hat der Fiscus, welcher als Cessionar eines Privatmanns direct in dessen Namen klagt, zwar nicht das Recht, weder den Schuldner vor sein Forum zu ziehen, noch die in der Person des Cedenten in 30 Jahren erlöschende Forderung bis zum Ablaufe von 40 Jahren vor Gericht zu verfolgen, noch endlich die Erbringung des Beweises einer ihm aus der Person des Cedenten zum Zweck der Compensation eingeworfenen Gegenforderung auf zwei Monate zu beschränken; wohl aber das Recht, dem verurtheilten Schuldner die Appellation zu wehren, die cautio de rato durch nuda promissio zu stellen u. s. w., gerade wie z. B. der minderjährige Cessionar eines volljährigen Cedenten, obwohl direct im fremden Namen klagend, dennoch unbehindert sein würde, gegen Proceßversäumnisse wegen Minderjährigkeit Restitution zu suchen [62]), die dem volljährigen Cedenten versagt werden müßte.

Zum Ziele führt also allenthalben der meines Bedünkens durchaus natürliche und sachgemäße Grundsatz, einerseits persönliche Begünstigungen nur demjenigen Rechtssubjecte, für welches dieselben gesetzlich bestimmt sind, zu Statten kommen zu lassen, jedoch ohne zu unterscheiden, ob der zu Begünstigende in Person oder durch einen Vertreter deren Ausübung bethätigt, andererseits den Gebrauch eigner Vorrechte selbst dem Vertreter insoweit zu gestatten, als derselbe zum Zweck der Vertretung nicht im Namen des Vertretenen, sondern im eignen Namen handelt.

V. Einwendungen aus der Person des Cedenten oder aus der eignen Person schaden dem procurator in rem suam, je nachdem er im Namen des Cedenten oder im eignen Namen auftritt.

§. 15. Der nämliche Grundsatz, welcher entscheidet, wiefern dem procurator in rem suam Vorrechte des Cedenten oder eigne Vorrechte

---

[60]) l. 46 §. 4 D. de jure fisci (49. 14), cf. l. 41 C. Th. de appellat. (11. 30). Dernburg, Compens. S. 469 f. — Seuffert, Arch. III, Nr. 112. — — [61]) l. 1 §. 18 D. ut legat. (36. 3), l. 3 §. 5 D. si cui plus (35. 3), cf. l. 2 §. 1 D. de fundo dotali (23. 5). — — [62]) arg. l. 7 §. 2, l. 38 D. de minor. (4. 4).

nützen, muß umgekehrt durchgreifen bei der Frage, wiefern demselben Einwendungen aus der Person des Cedenten oder aus der eignen Person schaden; denn die Billigkeit erfordert nichts dringender, als daß ebensoweit, als die Vortheile eines Rechtsverhältnisses genossen, auch die Nachtheile desselben ertragen werden[1]). In der That ist es gerade dieser Grundsatz, den der Kaiser Alexander einschärft, indem er rescribirt[2]):

„Sofern der Cessionar direct in des Cedenten Namen klage, müsse er das Recht des vertretenen Cedenten gebrauchen, obwohl er auch utiliter im eignen Namen zu klagen und dann sein eignes Recht zu gebrauchen vermocht hätte."

Denn darauf ist bereits im vorigen Paragraphen hingewiesen, daß hier vorzugsweise die dem Cessionar nachtheiligen Seiten des betreffenden Rechtsverhältnisses ins Auge gefaßt sind, mithin geradezu bestätigt wird: der direct im Namen des Cedenten klagende Cessionar habe aus der Person des Cedenten Einwendungen hinzunehmen, welche er vermieden haben würde, wenn er utiliter im eignen Namen geklagt hätte. Ist nun im vorigen Paragraphen gleichfalls schon hervorgehoben, wie außer der Klagbegründung auch jede andere Handlung des Cessionars unter dem Grundsatze steht, nach des Cedenten oder nach des Cessionars Rechte beurtheilt zu werden, je nachdem der Cessionar dabei die Person des Cedenten oder die eigne Person vertreten hat, mit anderen Worten, je nachdem derselbe in des Cedenten oder in eignem Namen vorgeschritten ist: so folgt von selbst, daß der direct aus der Person des Cedenten die Klage begründende procurator in rem suam, welcher insofern nur Einwendungen aus der Person des Cedenten unterworfen ist, bei anderen in eignem Namen vollzogenen Proceßhandlungen nur Einwendungen aus seiner eignen Person fürchten darf.

Zweifel an der Richtigkeit dieses einfachen und natürlichen Princips könnte freilich die exceptio doli erregen, weil sie dem direct in des Cedenten Namen die Klage begründenden procurator in rem suam, auch wegen der vor der litiscontestatio von ihm begangenen Arglist soll entgegengesetzt werden können[3]). Allein man erwäge nur, daß nichts hindert, die exceptio doli praeteriti gegen den die litiscontestatio als Quasicontract im eignen Namen vollziehenden pro-

---

1) l. 10 D. de reg. jur. (50. 17). cf. Terent. Hecyrâ V, 3, 25. Multa ex quo fuerint commoda, ejus incommoda aequom est ferre. — — 2) l. 5 C. de her. vel act. (4. 39). S. Th. II, §. 14. — — 3) l. 4 §. 18 D. de exc. doli (44. 4). S. Th. II, §. 3 Nr. IX.

curator in rem suam als exceptio doli praesentis vorzuschützen [4]), um deßungeachtet alles in Ordnung zu finden. Oder sollte nicht im vollen Maße auch der Vorwurf gegenwärtiger Arglist gegen denjenigen procurator in rem suam begründet sein, welcher die durch seinen früheren Betrug hervorgerufene Willenserklärung des Beklagten zu eignem Vortheil auszubeuten sucht und gerade das einfordert, was er auf angestellte actio de dolo als den durch seinen Betrug verursachten Schaden zu erstatten haben würde [5])? Nach Bejahung dieser Frage bleibt aber in der That nichts anderes zu bemerken, als daß Roms classische Juristen nicht so pedantisch waren, dieselben Thatsachen, welche unter strengster Anwendung der Regel in Form der exceptio doli praesentis dem procurator in rem suam entgegenstanden, demselben nicht auch in Form der exceptio doli praeteriti entgegentreten zu lassen [6]).

Untersuchen wir nun, ob die sonstigen Aeußerungen der Rechtsbücher mit diesem Grundsatze übereinstimmen, so ergiebt sich, daß der direct im Namen des Cedenten klagende procurator in rem suam

1. aus der Person des Cedenten in Betreff des Klaggrundes nicht bloß schlechthin vernichtende und aufhebende Umstände (Bestreitungen), sondern auch zu Gegenrechten sich gestaltende Thatsachen, welche nur die Wirksamkeit des an sich bestehenden Rechts dauernd oder vorübergehend zu hemmen geeignet sind (Einreden, exceptiones), zu besorgen hat, denn nicht allein die vor oder nach Ertheilung des mandatum agendi durch Zahlung an den Cedenten ipso jure aufgehobene Forderung [7]), sondern auch das vor oder nach ertheiltem mandatum agendi durch die litiscontestatio des Cedenten bloß ope exceptionis dauernd oder vorübergehend in seiner Wirksamkeit aufgehaltene Klagrecht [8]) soll vom procurator in rem suam mit Erfolg nicht geltend gemacht werden können; und der vom Erbschaftsverkäufer über eine Erbschaftsforderung selbst nach Ertheilung des Klagauftrags abgeschlossene Vergleich soll dem Erbschaftskäufer nur insoweit unschädlich sein, als der Letztere utiliter im eignen Namen klagt und der debitor cessus beim Abschluß des Vergleichs mit dem Statt gehab-

---

[4]) l. 2 §. 5, l. 12 D. de exc. doli (44. 4), l. 2 §. 4, l. 4 §. 15 D. eod. [cf. l. 177 §. 1 D. de reg. jur. (50. 17)] in Verbindung mit l. 4 §. 26 D. de exc. doli (44. 4). — — [5]) l. 173 §. 3 D. de reg. jur. (50. 17), l. 8 pr. D. de exc. doli (44. 4). — — [6]) Vergl. S. 40 ff. — — [7]) l. 76 D. de solut. (46. 3). S. Th. I, S. 60 f. l. 3 C. de novat. et deleg. (8. 42). S. Th. II, S. 61. l. 55 D. de procur. (3. 3). S. Th. II, S. 63. — — [8]) l. 3 C. mand. (4. 35), l. 3 C. de novat. et deleg. (8. 42). S. Th. II, §. 21. l. 55 D. de procur. (3. 3). S. Th. II, §. 21.

ten Erbschaftsverkaufe unbekannt war[9]), woraus abzunehmen ist, daß der Vergleich dem direct in des Verkäufers Namen klagenden Käufer gegenüber unbedingt als Einrede benutzt werden darf.

Dazu kommt, daß das Corpus juris theils in einem ähnlichen Falle erklärt[10]):

aequissimum visum est, eum, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris.

theils in unmittelbarer Beziehung auf die Cession der Forderungen sich dahin ausdrückt:

Ulpianus lib. 32 ad Edictum[11]).

Si nomen sit distractum, Celsus lib. 9 Digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere praestare: debitorem autem esse, praestare, nisi aliud convenit;

Paulus lib. 33 ad Edictum[12]).

Et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit.

Der Cedent als Verkäufer einer Forderung hat, wenn nichts anderes ausgemacht worden ist[13]), zu haften, daß der Cessus weder ipso jure, noch ope exceptionis von der entsprechenden Schuld ganz oder theilweise[14]) frei ist; denn daß hier unter dem debitorem esse das Nichtvorhandensein schlechthin wirkender Vernichtungs- und Aufhebungsgründe, welche den Verkauf wegen Objectlosigkeit nichtig erscheinen lassen und den Käufer zur condictio des Kaufpreises berechtigen[15]), unter dem Mangel der exceptio dagegen das Nichtvorhandensein aller möglichen dauernd oder vorübergehend die Wirksamkeit der an sich vorhandenen Forderung hemmenden Gegenrechte des Cessus verstanden ist, welche den Verkäufer als juristische Mängel des Kaufobjects der actio emti auf Prästation des Interesse unterwerfen[16]), erhellet theils aus

---

9) l. 17 D. de transact. (2. 15). S. Th. II, §. 22. — — 10) l. 4 §. 27 D. de doli exc. (44. 4), cf. l. 1 C. de praescr. longi temp. (7. 32), l. 37 D. de act. E. V. (19. 1). — — 11) l. 4 D. de her. vel act. (18. 4). — — 12) l. 5 D. de her. vel act. (18. 4). — — 13) l. 43 D. de pact. (2. 14). — — 14) l. 19 §. 9 D. de captiv. et postlim. (49. 15). — — 15) l. 7 D. de her. vel act. (18. 4), cf. l. 75 §. 1. 2 D. de legat. I (30). Schliemann, Haftung des Cedenten S. 63 ff. A. D. Weber, Beiträge zu Klagen und Einreden. 1. St. S. 49 f. — — 16) l. 5 D. cit. in Verbindung mit l. 74 §. 3 D. de evict. (21. 2). cf. Schliemann a. a. O. S. 66 ff.

den Wortbegriffen[17]), theils aus der Analogie des Sachverkaufs[18]). Daß aber ebendeshalb, weil der Cedent als Verkäufer der Forderung dafür haften soll, nur Thatsachen aus der Person des Cedenten, nicht Thatsachen aus des Cessionars eigner Person gemeint sein können, ist ebensowenig einer Frage unterworfen[19]). Es folgt also mit Nothwendigkeit, daß allgemein sowohl Bestreitungen, als Einreden aus der Person des Cedenten dem procurator in rem suam entgegenstehen, und zwar, da zwischen beiden dem procurator in rem suam zugänglichen Klagformen kein Unterschied gemacht ist, sowohl wenn direct in des Cedenten Namen, als auch wenn utiliter im eignen Namen geklagt wird, obgleich immerhin eine Abweichung insofern eintritt, als das Klagerecht, welches utiliter in des Cessionars eignem Namen geltend gemacht wird, nicht wie das Klagerecht, welches der procurator in rem suam in des Cedenten Namen in judicium deducirt, bis zur litiscontestatio zum Vermögen des Cedenten gehört, und daher nicht ebenso lange allen von der Person des Cedenten ausgehenden Einwirkungen Preis gegeben ist; eine Abweichung, die indeß von Ulpian und Paulus unberührt bleibt, weil des Cedenten Haftpflicht sich selbstverständlich auf die dem Cessionar schädlichen Einwendungen aus des Cedenten Person beschränkt, und die Frage, unter welchen Voraussetzungen Einwendungen aus der Person des Cedenten schädlich seien, nicht zur Erörterung stand.

Endlich sind noch einige Quellenzeugnisse anzuführen, die zwar ebenfalls nicht ausdrücklich eines directe agere alieno nomine erwähnen, sondern ohne Unterscheidung der gewählten Klagform allgemein gegen Personen, welche nur in Folge einer Cession oder Quasicession zur Klage befugt sein können, die exceptio doli aus der Person des Cedenten oder Quasicedenten für stattnehmig erklären, die aber gerade wegen der Allgemeinheit ihres Inhalts nicht beabsichtigt haben werden, den Fall eines direct in des Cedenten Namen erhobenen Rechtsstreits auszuschließen. Es schreibt nämlich Ulpian im 76. Buche seines Edictcommentars, daß die bevormundete Person, welche aus den vom Vormunde für sie eingegangenen Rechtsgeschäften eines Verkaufs oder sonstigen Contracts klage, die exceptio doli aus der Person des Vormunds sich gefallen lassen müsse[20]), und im 55. Buche

---

[17]) Vergl. Schliemann, Haftung des Cedenten S. 67 not. 68 und S. 69. A. M. ohne Grund Mühlenbr., Ceff. §. 64, S. 626 ff. — — [18]) cf. Schliemann a. a. O. S. 71 f. — — [19]) cf. l. 27, l. 28 D. de evict. (21. 2). Auch l. 96 §. 2 D. de solut. (46. 3), l. 30 D. de pign. et hyp. (20. 1). Schliemann a. a. O. S. 71. S. 74 not. 81. — — [20]) l. 4 §§. 23—25 D. de except. doli (44. 4). cf. l. 5 pr. D. de tribut. act. (14. 4).

desselben Werks, daß die prätorische actio in factum[21]) des Käufers auf die Strafe des doppelten Kaufpreises[22]) gegen den freien Mann, welcher sich betrüglich als Sklaven habe verkaufen lassen, wenn dieselbe vom Kläger wegen eines von seinem Procurator oder Tutor für ihn abgeschlossenen Handels angestellt werde, der exceptio doli aus der Person des Procurators oder Tutors unterliege, sofern dem Procurator oder Tutor die Freiheit des angeblichen Sklaven bekannt gewesen sei[23]).

Freilich scheint in der letzteren Beziehung Paulus am Ende der l. 17 D. de liberali causa (40. 12) in den Worten: Contra autem, si ego ignoravi, procurator scit: non est mihi deneganda (sc. actio), etwas anderes zu sagen; allein schon die Glosse[24]) und nach deren Fingerzeigen auch Mühlenbruch[25]) hat dargethan, daß der Text verderbt und nach Maßgabe der l. 51 §. 1 D. de aedil. edicto (21. 1) einzubessern sei in die Leseart: Contra procuratorem autem, si ego ignoravi, procurator scit: non est mihi deneganda. In dieser Leseart enthält des Paulus Ansicht nichts Widersprechendes, weshalb die Ulpian'schen Aussprüche um so unbedenklicher als Beweismittel zu gebrauchen sind, je entschiedener dieselben nur wirklich oder fingirt cedirte Klagerechte vorausgesetzt haben können.

Das Gegentheil ist der Fall mit folgendem ebenfalls aus dem 76. Buche des Ulpian'schen Edictcommentars entlehnten Bruchstücke[26]):

Si cum legitima hereditas Gaji Seji ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam heredidatem, et postquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto, isque a me petat hereditatem, exceptio doli mali ejus, qui cessit, non potest pati.

Diese Worte haben den Auslegern unendliche Schwierigkeiten bereitet, bis der Scharfsinn eines neueren Rechtslehrers ihre wahre Bedeutung aufgedeckt hat[27]). Nach Francke's überzeugender Darstellung ist der Gegenstand von Ulpians Erörterung nicht eine eingeklagte Erbschaftsforderung, sondern eine Vindication, die hereditatis petitio; nicht eine eigentliche venditio hereditatis, sondern die im Justinia-

---

21) l. 14 pr., l. 16 §. 2, l. 22 pr. §. 6 D. de liberal. caus. (40. 12). — — 22) l. 18 §. 1, l. 19, l. 20 pr., l. 21 D. eod. — — 23) l. 16 §. 3, l. 22 §. 5 D. eod. — S. Th. I, S. 422. cf. Mühlenbruch, Cess. §. 13 S. 126 ff. — — 24) Glosse: Deneganda. — — 25) Cession §. 13, S. 126 ff. — — 26) l. 4 §. 28 D. de exc. doli (44. 4). — — 27) Arch. für civ. Pr. Bd. 16, S. 432 ff.

neischen Rechte antiquirte in jure cessio, durch welche nach früherem Rechte der Intestaterbe vor angetretener Erbschaft sein Recht auf Antretung dergestalt auf einen Anderen übertragen konnte, daß — wie Ulpian und Gajus sagen — proinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset [28]. Auf Grund dieser in jure cessio stellte der Erbe, nachdem er angetreten hatte [29], die hereditatis petitio direct aus eignem Rechte an, gerade wie derjenige, welcher durch in jure cessio, mancipatio, traditio, Vindicationslegat das Eigenthum einer Sache erhalten hat, die reivindicatio direct aus eignem Rechte anstellt. Der Erbe konnte daher der exceptio doli aus der Person seines Auctors nicht in höherem Grade unterworfen sein, als der Eigenthümer; und wie der Eigenthümer die nicht das Recht, sondern nur die Person ergreifende exceptio doli [30]) aus der Person des Auctors nur dann fürchten darf, wenn er entweder an dem dolus selbst Theil genommen, mithin persönliche Verantwortung auf sich geladen hat [31], oder sein Eigenthumsrecht auf einen lucrativen Erwerbstitel stützt [32]) und nun als Jemand, der sich auf Unkosten des betrogenen Beklagten unrechtmäßig zu bereichern trachtet, abermals eines eignen dolus sich schuldig macht [33]: ebenso sollte der Erbe nur unter gleichen Voraussetzungen die exceptio doli aus der Person des Auctors zu besorgen haben.

Das und nichts anderes ist der Sinn obiger Worte, wie ihr Inhalt und ihr Zusammenhang mit dem vorhergehenden und den nachfolgenden Paragraphen unwidersprechlich darthut; denn — sagt Francke — „es ist von einem gesetzlichen Erben die Rede, welcher den im Testament Eingesetzten durch Betrug zur Repudiation bewegt und welcher darauf — nicht etwa selbst antritt —, sondern die Erbschaft cesserit pretio accepto, worauf der Erwerber mit der hereditatis petitio auftritt. Und der vorhergehende §. 27 spricht von der rei vindicatio des jetzigen Eigenthümers, dem die Einreden aus Obligationen seines Auctors nicht entgegenstehen [34]; dasselbe wird nun im §. 28 für die hereditatis petitio dessen gelehrt, der durch in jure cessio Erbe geworden war, während im §. 29 von dem, der ex

---

[28]) Ulp. fr. XIX, 14. Gaj. II, 34. 35. Ein Ueberbleibsel dieses Rechts findet sich in l. 6 D. de reg. jur. (50. 17). — — [29]) Köppen, Erbsch. S. 92 ff. — — [30]) l. 10 C. de rescind. vendit. (4. 44). — — [31]) l. 4 §. 27. 31 D. de exc. doli (44. 4), l. 3 C. de peric. et comm. rei vend. (4. 48), l. 37 D. de act. E. V. (19. 1). — — [32]) l. 4 §. 29 D. de exc. doli (44. 4), l. 149 D de reg. jur. (50. 17), l. 6 D. de exc. (44. 1). — — [33]) l. 206 D. de reg. jur. (50. 17), l. 6 §. 2 D. de jure dot. (23. 3), l. 17 §. 4 D. de institor. act. (14. 3). — — [34]) l. 25 §. 1, l. 32 D. locati (19. 2), l. 9 C. eod. (4. 65), l. 59 §. 1 D. de usufr. (7. 1), l. 120 §. 2 D. de legat. I (30).

„causa legati vel donationis vindicat, und im §. 30 von der „Vindication eines Pfandgläubigers die Rede ist."

Nach dieser Erklärung hat die Stelle mit der Cession der Forderungen nichts gemein, sondern eine hereditatis petitio zum Gegenstande, welche derjenige, dem der heres legitimus nach doloser Entfernung des heres scriptus die Erbschaft für Geld überlassen hat, direct aus eignem Rechte anstellt, weshalb nach Justinianeischem, die in jure cessio der hereditas legitima nicht mehr kennenden Rechte der Fall so gedacht werden muß, daß der Intestaterbe nach doloser Entfernung des Testamentserben für Geld zu Gunsten des nächst ihm berufenen Intestaterben auf sein besseres Erbrecht verzichtet und nun der an zweiter Stelle berufene Intestaterbe antritt und nach der Antretung direct aus eignem Rechte den betrogenen Testamentserben mit der Erbschaftsklage angreift [35]). In diesem Falle finden die von Ulpian erwähnten Grundsätze noch heute Anwendung. Da dieser Fall aber völlig verschieden ist von dem Falle einer auf Grund fremden Erbrechts vermöge der Klagencession angestellten hereditatis petitio, so würde es durchaus irrig sein, auch für den letzteren Fall zwischen onerosen und lucrativen Erwerbsgründen zu unterscheiden. Es steht vielmehr nichtsdestoweniger fest, daß dem direct aus der Person des Cedenten klagenden Cessionar, gleichviel ob sein mandatum agendi auf einem entgeltlichen oder unentgeltlichen Rechtstitel beruhet, aus der Person des Cedenten alle möglichen Bestreitungen und Einreden schaden, mögen letztere zerstörlich oder verzögerlich, dinglich oder persönlich, auf die Sache selbst oder auf den Proceß bezüglich sein und ihren Grund schon in der Entstehung der Forderung oder erst in einem später eingetretenen Thatumstande haben. Zu diesen Einreden sind unter anderen zu rechnen sowohl die exceptio SCti Macedoniani, SCti Vellejani, simulationis, indebiti promissi, laesionis ultra dimidium cett., als die exceptio rei judicatae, jurisjurandi, transactionis, pacti de non petendo, sei letzteres in rem oder in personam [36]), für immer oder für eine bestimmte Zeit abgeschlossen; ferner die Einrede der Verjährung, deren Voraussetzungen lediglich nach der Person des bis zur litiscontestatio als Träger der Forderung geltenden Cedenten sich bestimmen, indem z. B. 40 Jahre erfordert werden, wenn ein Privatmann die Forderung einer

---

[35]) cf. l. 4 §. 11 D. de doli exc. (44. 4), l. 5 §. 5 D. de jure dot. (23. 3), l. 14 §. 3 D. de fundo dotali (23. 5), l. 2 pr. D. si quis omissa causa testam. (29. 4), l. 1 fin. C. de fideic. libert. (7. 4), l. 24 D. de acquir. her. (29. 2), l. 8, l. 21, l. 31 §. 2 D. de mort. c. donat. (39. 6). — — [36]) l. 57 §. 1 D. de pact. (2. 14).

Kirche in deren Namen als Cessionar geltend macht, und umgekehrt 30 Jahre genügen, wenn eine Kirche als Cessionarin eines Privatmanns in dessen Namen als Klägerin auftritt; die exceptio legis Anastasianae, wenn der Cedent von einem früheren Cedenten die Forderung für einen geringeren Kaufpreis erhandelt hat, als ihm von seinem procurator in rem suam dafür bezahlt worden ist[37]); die exceptio procuratoria, wenn der Cedent durch Infamie behindert war, durch einen procurator in rem suam vor Gericht vertreten zu werden[38]) u. s. w. Kommt nun aber bei vorliegender Frage nichts an weder auf die rechtliche Veranlassung der Cession, noch auf die Natur der Einreden, hängt vielmehr alles davon ab, ob der Cessionar in dem von der Einrede betroffenen Punkte als Vertreter des Cedenten oder als Vertreter seiner selbst sich darstellt: so folgt auch,

2. daß Einwendungen aus der eignen Person dem Cessionar entgegenstehen, sofern er als Vertreter seiner selbst, nicht als Vertreter des Cedenten handelt. Als Vertreter seiner selbst oder im eignen Namen handelt der procurator in rem suam insbesondere bei der litiscontestatio, bei der späteren Proceßführung und bei der schließlichen Anstellung der actio judicati. Deshalb ist beispielsweise die exceptio doli praesentis gegen den procurator in rem suam begründet, wenn er arglistig verfährt: in jure durch Außerachtlassung anderer Einreden[39]) oder durch Ablehnung sonstiger Klagebeschränkungen[40]); in judicio durch Bestechung des judex[41]) oder durch Fortsetzung des Processes ungeachtet des Empfangs der vom Cessus ursprünglich geschuldeten Leistung[42]) oder ungeachtet eines nach der litiscontestatio abgeschlossenen Vergleichs[43]); nach dem Urtheil durch den Versuch, den nach der Verurtheilung in Unvermögen gerathenen Schuldner trotz der demselben zustehenden Wohlthat des Nothbedarfs über den Betrag des Erschwinglichen hinaus der Hülfsvollstreckung zu unterwerfen[44]). Andere Beispiele bieten dar die exceptio legis Anastasianae, wenn der procurator in rem suam mehr einfordert, als er dem Cedenten kaufweise für die Forderung bezahlt hat[45]); die exceptio procuratoria, wenn er wegen Infamie, mangelnden Alters, weiblichen Geschlechts, Soldatenstandes u. s. w. in rem suam procuratorio nomine aufzutreten behindert[46]) oder unzureichend bevollmäch-

---

37) S. Th. I, S. 48 f. — — 38) S. Th. II, §. 8. — — 39) l. 2 §. 5 D. de exc. doli (44. 4). — — 40) l. 12 D. de exc. doli (44. 4). S. Th. II, §. 3, Nr. VII. und VIII. — — 41) l. 1 §. 3 D. de calumniat. (3. 6). — — 42) S. Th. II, §. 3, Nr. VI. — — 43) l. 23 §. 3 D. de condict. ind. (12. 6). — — 44) l. 5 pr. D. quod cum eo, qui (14. 5), l. 33 D. de donat. (39. 5), l. 41 §. 2 D. de re jud. (42. 1). — — 45) S. Th. I, S. 34 ff. — — 46) S. Th. II, §. 8.

tigt und den Mangel durch satisdatio de rato zu ergänzen nicht bereit ist[47]); die defensionis allegatio, wenn er die Vertheidigung des Cedenten gegen mutuae petitiones des Cessus zu übernehmen oder wenigstens wegen künftiger Uebernahme Caution zu leisten verweigert[48]) u. s. w.; denn alle diese Einreden sind gegen Handlungen des procurator in rem suam gerichtet, bei denen derselbe nicht die Person des Cedenten, sondern seine eigene Person vertritt.

Eine genauere Erörterung verdient die exceptio doli praesentis, weil sie in ihrer Wirksamkeit weiter reicht, als man auf den ersten Blick anzunehmen geneigt ist, indem sie nicht bloß aus allen anderen Einreden entstehen kann[49]), sondern auch Anwendung findet, so oft der Beklagte sonst aequitate defensionis infringere actionem potest[50]). Bemerkenswerth ist namentlich:

A. Die exceptio doli praesentis kann auch aus der exceptio doli praeteriti entstehen[51]), und das ist der Grund, warum der dolus praeteritus selbst ohne die Form der exceptio doli praesentis dem direct Namens des Cedenten klagenden procurator in rem suam gewissermaßen als exceptio in factum eingeworfen werden darf. Die aus dem 76. Buche des Ulpian'schen Edictcommentars entlehnte Pandectenstelle[52]), welche dieses zu dem Zwecke hervorhebt, damit der Gegensatz des wegen seines dolus praeteritus keiner Einrede unterliegenden procurator in rem alienam anschaulich werde, ist bereits oben erörtert worden[53]). Hier ist nur übrig, die Anwendung der Regel auch bei denjenigen Klagen nachzuweisen, welche der bei Eingehung des klagebegründenden Geschäfts Vertretene vermöge der vom Vertreter erhaltenen Cession als procurator in rem suam direct in des Vertreters Namen anzustellen vermag. In dieser Beziehung kommen folgende zwei Zeugnisse in Betracht:

Ulpianus lib. 76 ad Edictum[54]).

De dolo autem ipsius minoris viginti quinque annis exceptio utique locum habebit. Nam et de pupilli dolo interdum esse excipiendum, nequaquum ambigendum est, ex ea aetate, quae dolo non careat.

Pomponius lib. 9 ad Sabinum[55]).

Sed si servo meo, vel ei, cui mandavero, vendas sciens fu-

---

47) S. Th. II, §. 5. — — 48) S. Th. II, §. 16. — — 49) l. 2 §. 5 D. de exc. doli (44. 4). — — 50) l. 12 D. eod. — — 51) S. Th. II, S. 139. — — 52) l. 4 §. 18 D. de exc. doli (44. 4). — — 53) S. Th. II, §. 3 Nr. IX. — — 54) l. 4 §. 26 D. de exc. doli (44. 4). — — 55) l. 13 D. de contrah. emt. (18. 1).

gitivum, illo ignorante, me sciente: non teneri te ex emto verum est.

Die erste ebenfalls aus dem 76. Buche des Ulpian'schen Edictcommentars entnommene Stelle beruhet nach dem Zusammenhange, in welchem sie zu den ihr vorhergehenden Paragraphen steht, auf der Voraussetzung: der Pflegling habe aus früheren Administrationshandlungen des Pflegers, insbesondere aus Contracten desselben, Klage erhoben [56]. Eine solche Klage kann er nur als wirklicher oder fingirter Cessionar des Pflegers erhoben haben. Soll ihm nun gleichwohl unter allen Umständen wegen eignen dolus, sofern er nur überhaupt in einem des dolus fähigen Alter gehandelt hat, eine Einrede schaden, so folgt, daß es keinen Unterschied macht, ob er utiliter im eignen Namen oder direct in des Cedenten Namen als Kläger aufgetreten ist.

Dasselbe bezeugt Pomponius in der zweiten Stelle, wonach mir die exceptio doli wegen eigner Arglist entgegenstehen soll, wenn ich ex emto auf Schadenersatz oder Wandel zu klagen versuche, obgleich mein Sklav oder mein Mandatar mir mit meinem Willen einen Sklaven gekauft hat, den ich, nicht aber jener, als einen Ausreißer kannte [57]. Denn der Mandatar ist nicht mit Jhering [58] als nuntius aufzufassen, der mir wie der Sklav eine direct in meinem eignen Namen anzustellende actio ex emto verschafft hätte, sondern [59] weil er mich beim emere, also bei einer juristischen, nicht bei einer bloß physischen Handlung, bei einem Contrahiren vertreten hat, als ein procurator, der die actio ex emto direct in seiner Person begründet und mich regelmäßig nur durch wirkliche Cession zur Anstellung der actio ex emto in den Stand gesetzt haben kann, weil ihm zur Sicherheit wegen der umgekehrt auf seiner Person haftenden Contractsverbindlichkeiten die Contractsforderungen gelassen werden müssen, bis er selbst sie aufzugeben für gut findet oder zugleich der Verbindlichkeiten enthoben wird [60]. Pomponius, welcher mich ebendaher wegen meines dolus einer exceptio unterwirft, ohne zu unterscheiden, ob ich utiliter in eignem oder direct in des Procurators Namen die Kaufklage anstelle, hat also auch für den letzten Fall die exceptio doli für statthaft erklärt; denn daß ich, und nicht mein Procurator, als Kläger gedacht bin, folgt aus der Zusammenstellung des Procurators mit meinem Sklaven, welcher überall nicht klagen kann.

---

56) l. 4 §. 23—25 D. de exc. doli (44. 4). — — 57) l. 4 §. 5 D. de exc. doli (44. 4). — — 58) Jahrb. f. Dogmat. Bd. 1, S. 290. — — 59) Jahrb. f. Dogmat. Bd. 2, S. 3. – cf. Buchka, Stellvertretung S. 14. — — 60) S. Th. I, S. 422 ff.

Unterstützt wird diese Erklärung wesentlich durch nachstehenden Ausspruch des Africanus im 8. Buche seiner Quästionen [61]:

Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex emto dominus experiatur, omni modo scientiam servi, non domini, spectandam esse ait: ut nihil intersit peculiari an domini nomine emerit, et certum incertumve mandante eo emerit. Sed si servus mandato domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor. (§. 1) Circa procuratoris personam, quum quidem ipse scierit, morbosum, vitiosum esse, non dubitandum, quia, quamvis ipse domini mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit: at cum ipse ignorans esse vitiosum mandatu domini, qui id sciret, emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putat opponendam.

Africanus wie Pomponius erörtert den Fall, wenn Jemand für einen Anderen eine fehlerhafte Waare gekauft hat. Beide vergleichen dabei den als Sklav in der Gewalt des Vertretenen befindlichen Vertreter mit dem freien und unabhängigen Procurator. Die Vertretung durch den Procurator hat zunächst nur Wirkungen für den Vertreter, bringt nur diesen in obligatorische Beziehungen zum Verkäufer und gewährt dem Vertretenen gegen den Verkäufer keine anderen Klagen, als welche ihm der Vertreter abtritt [62]). Der Vertretene kann also aus dem Kaufe des Procurators nur als Cessionar direct alieno nomine oder utiliter suo nomine klagen. Die Vertretung durch den Sklaven dagegen erzeugt unmittelbar eine in der intentio auf den Namen des Herrn lautende Klage, bei welcher, wenn die Formel eine demonstratio hatte, in dieser, sonst in einer praescriptio angegeben war, daß der Sklav den Vertrag geschlossen hatte [63]). Von dem auf diese Weise zur Sprache gebrachten pactum, welches für den Paciscenten selbst wenigstens eine Naturalobligation hervorbringt, heißt es indeß: secundum naturalem significationem [64]) verum esse debet [65]); woraus folgt, daß das Dasein und die Beschaffenheit des erforderlichen Consenses allein aus der Person des Sklaven beurtheilt [66]) und jeder natürliche Fehler des Consenses gegen den direct suo

---

[61]) l. 51 D. de aedil. ed. (21. 1). Mühlenbr., Cess. §. 13, S. 119 ff. Hermann in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 7, S. 270 ff. — — [62]) S. Th. I, S. 422 ff. — — [63]) Gaj. IV, 134. 135. cf. Keller, Proc. S. 169. — — [64]) l. 14 D. de O. et A. (44. 7), l. 50 §. 2 D. de pecul. (15. 1), l. 84 D. de sol. (46. 3). — — [65]) S. Not. 63. — — [66]) l. 12 D. de contrah. emt. (18. 1).

nomine klagenden Herrn geltend gemacht wird. Die Gültigkeit und Wirksamkeit des vom Sklaven abgeschlossenen Vertrags entscheidet sich also aus dessen Person dergestalt, daß der Herr das Recht aus dem Vertrage nur so erwirbt, wie es der Sklav, wenn er frei gewesen, erworben haben würde, daher auch bei zweiseitigen Geschäften vor Befriedigung des anderen Contrahenten nicht klagen kann, obwohl er von der in der Person des Sklaven begründeten Verbindlichkeit nicht ergriffen ist [67]).

Erinnern wir uns nun, daß dem gutgläubigen Käufer, um wegen Mängel des Kaufgegenstandes auf Wandelung zu bringen, sowohl die actio redhibitoria, als die actio emti freisteht [68]), so ist die Erklärung des Africanischen Bruchstücks leicht.

Es fragt sich

a. welchen Einfluß hat die Wissenschaft des Vertreters von den Mängeln der Waare auf das dieserhalb auszuübende Klagerecht?

Was

α. den unfreien Vertreter anlangt, so soll dessen Wissenschaft unter allen Umständen die Klage des Herrn ausschließen, mag er für sein Peculium oder unmittelbar für den Herrn und im letzten Falle, mit oder ohne Befehl, nach einer unbestimmten oder bestimmten Anweisung gehandelt haben [69]). Die Formel lautete ja auch unter allen Umständen gleich, so daß immer erst nach Erwähnung des durch den Sklaven verabredeten Vertrags die intentio auf den Herrn gerichtet war, oder wie es auch ausgedrückt wird: der Herr im Namen des Sklaven klagte [70]). Das pactum des Sklaven bildet also den Mittelpunkt der rechtlichen Beurtheilung und der dabei begangene dolus begründet auch gegen den Herrn die exceptio doli [71]).

β. Die Wissenschaft des freien Procurators, sei es, daß er mit oder ohne Auftrag, also als Mandatar oder negotiorum gestor gehandelt hat, soll ebenfalls die Wirkung haben, daß er immerhin wegen treuloser Geschäftsführung dem Vertretenen vermöge der mandati oder negotiorum gestorum actio verhaftet sein mag, gleichwohl aber gegen den Verkäufer nicht wirksam klagen kann (quin nihilo magis

---

[67]) l. 57 pr. D. de aedil. ed. (21. 1), l. 31 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1), l. 13 §. 8 D. de act. E. V. (19. 1), l. 9 D. de compens. (16. 2). cf. Buchka, Stellvertr. S. 16. — — [68]) l. 11 §. 3 D. de act. E. V. (19. 1), cf. l. 1 §. 1 D. eod., l. 45 D. de contrah. emt. (18. 1). — — [69]) l. 16 §. 3 D. de liberal. caus. (40. 12). — Buchka, Stellvertr. S. 14 ff. — — [70]) l. 84 D. de solut. (46. 3). — — [71]) l. 4 §. 17 D. de exc. doli (44. 4) in Verbindung mit l. 48 §. 4 D. de aedil. ed. (21. 1), l. 4 §. 5 D. de exc. doli (44. 4), l. 16 §. 3 D. de liberal. caus. (40. 12) . . quemadmodum procuratoris (scientia) nocet. l. 22 §. 5 D. eod.

eo nomine agere possit)[72]. Abermals natürlich, sobald man sich mit den Römern auf den Standpunkt stellt, den Vertreter ausschließlich als die durch die Obligation gebundene Person zu betrachten.

Nicht schwerer ist

b. die Frage zu beantworten, welchen Einfluß die Wissenschaft des Vertretenen auf das Klagerecht äußern? Ist

α. die Vertretung durch eine in der Gewalt des Vertretenen stehende Person besorgt, so klagt der Vertretene direct im eignen Namen und ist der exceptio doli unterworfen, wenn er in Ansehung des bezüglichen Verhältnisses arglistig verfahren ist oder arglistig verfährt. Dieses ist der Fall, si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, d. h. wenn der Herr seinen Sklaven zum Ankaufe einer bestimmten wissentlich fehlerhaften Waare beauftragt hat und dennoch später die Waare bemängelt[73]. Hat dagegen der Sklav für das Peculium oder sonst kraft eines allgemeinen, seinem Ermessen die Auswahl der Gegenstände vorbehaltenden Befehls gekauft, so wird dem Herrn die eigne Wissenschaft von den Fehlern des erhandelten Gegenstandes nicht zum dolus angerechnet, weil er den Sklaven hier nicht so wie dort mit Wissen und Willen eine fehlerhafte Sache hat kaufen lassen[74]. Nur dann wird selbstverständlich eine Ausnahme gemacht, wenn der Herr gegenwärtig gewesen ist und den Handel nicht, wie er konnte, gehindert hat[75]. Ist aber

β. durch einen freien und unabhängigen Procurator für einen Anderen eine nach dessen Wissen fehlerhafte Sache gekauft, so kann der mit den Fehlern unbekannte Procurator nichtsdestoweniger auf Redhibition klagen, ohne daß ihm aus der Person des Vertretenen eine haltbare exceptio entgegensteht. Der Ausdruck utilis exceptio ist hierbei nicht im technischen Sinne, sondern in der gemeinen Bedeutung einer wirksamen, rechtsbeständigen Einrede zu nehmen[76], und die Worte: ex persona domini sind zu: exceptionem non putat opponendam zu ziehen.

Auch diese Entscheidung ist consequent, sofern der Procurator

---

72) S. Glosse. — Mühlenbr., Ceff. S. 121 Not. 243. — — 73) l. 17 D. de liberal. caus. (40. 12). — — 74) Dagegen schadete dem Herrn bei den für das Peculium gemachten Erwerbungen nicht bloß der bei der Erwerbshandlung, sondern auch jeder später vom Sklaven begangene dolus. l. 4 §. 17 D. de exc. doli (44. 4). S. Th. II, §. 3 Nr. IX. — — 75) l. 16 §. 4 D. de liberali causa (40. 12), l. 2 §. 13 D. pro emt. (41. 4), l. 7 §. 11 D. ad SCt. Macedon. (14. 6). Schol. 37—39 zu Basil. XVIII, 4 c. 7 §. 11 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 199). — — 76) l. 41 D. de min. (4. 4), l. 19 §. 5 D. ad SCt. Vell. (16. 1), l. 3 D. de resc. vend. (18. 5), l. 16 D. de exc. (44. 1).

selbständig Träger des Rechtsverhältnisses, der Vertretene aber demselben fremd und durch seinen dolus zu schaden unfähig ist. Dieses ist in der That der Fall, da der Procurator, ohne die actio venditi durch eine exceptio doli auf den Vertretenen ablenken zu können, den Verkäufer wegen des Kaufpreises mit eignem Vermögen haftet[77]), und daher an den Vertretenen seine emti actio gegen den Verkäufer nicht sofort durch fingirte, sondern erst, nachdem er wegen der übernommenen Verbindlichkeiten sichergestellt worden, durch wirkliche Cession verliert[78]), bis dahin also nicht bloß der Form, sondern auch der Sache nach zu selbständigem, durch des Vertretenen dolus nicht gefährdetem Genusse der directa emti actio im Stande sein muß. Anders stände die Sache, wenn der Procurator seine directa emti actio ohne Weiteres durch fingirte Cession an den Vertretenen verloren hätte und deshalb überall nicht ohne Zustimmung des Vertretenen gegen den Verkäufer zu klagen vermöchte. In diesem Falle würde der Verkäufer allerdings berechtigt sein, wie gegen die utilis actio des Vertretenen, so auch gegen die directa actio des Procurators die exceptio doli aus der Person des Vertretenen vorzuschützen, weil der Procurator durch seine directa actio immer nur der Form, nicht auch der Sache nach unabhängige, vom Vertretenen nicht abgeleitete Rechtsanliegen gegen den Verkäufer zur Geltung bringen würde[79]).

Africanus bestätigt also durch die von ihm aufgestellten Regeln hinsichtlich des vorhin erklärten Bruchstücks aus Pomponius' Werke zum Sabinus: erstens in Betreff des Sklaven, daß derselbe gutgläubig nach specieller Anweisung einen bestimmten dem Herrn als fluchtsüchtig bekannten Sklaven gekauft habe; denn nur in diesem Falle war der Verkäufer durch eine exceptio doli gegen die actio emti des Herrn geschützt; zweitens in Betreff des freien Procurators, daß nicht dieser, sondern sein Auftraggeber als Cessionar die Klage anstellte; denn sonst würde die exceptio doli aus der Person des Auftraggebers nicht geschadet haben.

B. Die exceptio doli praesentis ist oder war auch das Mittel, um sonstige Klagbeschränkungen, insbesondere die Compensation und das sogenannte beneficium competentiae durchzusetzen[80]). Daraus erklärt sich, was

a. die Compensation betrifft, daß der Cessus zwar alle vor der litiscontestatio des procurator in rem suam entstandene Schulden des Cedenten, nicht aber Schulden des procurator in rem suam in

---

77) S. Th. I, S. 391. — — 78) S. Th. I, S. 422 ff. — — 79) S. Th. II, §. 17 a. E. — — 80) S. Th. II, §. 3 Nr. VII. und VIII.

Gegenrechnung bringen kann; denn wie die vom procurator in rem suam geltend gemachte Forderung bis zur litiscontestatio zum Vermögen des Cedenten gehört, so geht der Zweck des directe agere alieno nomine gerade dahin, daß dem procurator in rem suam in Gelde oder in Natur dasjenige zugesprochen werde, was der Cedent bei strengen Klagen zur Zeit der litiscontestatio, bei freien Klagen zur Zeit des Urtheils würde zu fordern gehabt haben [81]). Diesem Zwecke entspricht es, den procurator in rem suam durch exceptio doli praesentis zu nöthigen, entweder gleich durch Einklagung des Ueberschusses (compensatio e. S.) oder durch Zulassung der Verurtheilung auf den Ueberschuß der Forderung des Cedenten über die Schuld des Cedenten (deductio) dem Richter eine Minderung der Vorforderung möglich zu machen, weshalb z. B. der bonorum emtor, selbst wenn er mit der Rutiliana actio direct im Namen des fraudator klagte, dessen Schuld sich mußte abrechnen lassen [82]). Es widerspricht aber jenem Zwecke, daß der Cessus Schulden des procurator in rem suam zur Abrechnung bringt, weil vor der litiscontestatio die erforderliche Gegenseitigkeit zwischen Schuld und Forderung vermißt wird und nach der litiscontestatio die Schuld des procurator in rem suam vielmehr gegen die durch die litiscontestatio vorbereitete judicati actio desselben zu compensiren ist [83]). Die exceptio doli ist daher in diesem Falle nicht begründet, was Papinian bestätigt, indem er in einem schon mehrfach erwähnten Bruchstücke [84]) unverkennbar von der Voraussetzung ausgeht, daß der Cessus gegen den direct in des Cedenten Namen klagenden Cessionar mit eignen Schulden desselben zu compensiren außer Stande sei.

An diesem Resultate ist auch dadurch nichts verändert worden, daß Justinian die exceptio doli als Mittel zur Anregung der Compensation aufgehoben und den Richter ermächtigt hat, selbst gegen den Willen des Klägers auf Antrag des Beklagten die Minderung der Vorforderung um den Betrag der Gegenforderung zuzulassen; denn der Zweck des directe agere alieno nomine, dem Cessionar nicht mehr und nicht weniger zu verschaffen, als was der Cedent, wenn er in Person geklagt hätte, erhalten haben würde, verpflichtet den Richter nach wie vor, die Compensation einer mit der Forderung nicht zu demselben Vermögen des Cedenten gehörenden Schuld auszuschließen.

b. Das sogenannte beneficium competentiae ist gegen das durch die unbeschränkte Verurtheilung des Schuldners zu erlangende

---

[81]) S. Th. II, §. 13. — — [82]) Gaj. IV, 35, 65—68. — — [83]) l. 2 C. de compens. (4. 31), l. 1 §. 4 D. de contrar. tut. (27. 4). — — [84]) l. 18 pr. D. de compens. (16. 2). S. Th. II, S. 20 ff.

Recht strenger Execution gerichtet, welches dem procurator in rem suam stets im eignen Namen zukommt[85]). Ohne Zweifel ist daher Mühlenbruchs[86]) Ansicht gegründet, daß dabei schlechterdings nicht auf die Person des Cedenten, sondern immer bloß auf die Person des procurator in rem suam gesehen werde. Es leuchtet ein, daß, so oft der Cessus nicht schon an sich oder durch die Art des fraglichen Obligationsverhältnisses überhaupt, sondern nur gegen gewisse Personen durch die Nähe des persönlichen Verhältnisses vor Anwendung der vollen Executionsstrenge gesichert ist, nicht sein persönliches Verhältniß zum Cedenten, sondern lediglich sein persönliches Verhältniß zum procurator in rem suam maßgebend sein kann[87]); denn dieser, nicht jener, sucht die volle Verurtheilung des Beklagten und das Recht ungemilderter Hülfsvollstreckung zu gewinnen. Nur gegen diesen, nicht gegen jenen kann daher unter Umständen der Vorwurf begründet sein, durch das Bestreben, den Cessus der vollen Verurtheilung und Executionsstrenge zu unterwerfen, diejenigen Rücksichten des Anstands und der Sittlichkeit zu verletzen, auf welchen die Rechtswohlthat des Nothbedarfs beruhet.

Blicken wir nach diesen Ausführungen über die exceptio doli praesentis auf die ganze Erörterung zurück, so findet sich allenthalben der einfache Grundsatz durchgeführt, daß dem direct in des Cedenten Namen klagenden procurator in rem suam, soweit er des Cedenten Person vertritt, Bestreitungen und Einreden aus der Person des Cedenten, dagegen soweit er in dem von dem Einwande betroffenen Punkte seine eigne Person vertritt, Bestreitungen und Einreden aus seiner eignen Person schaden.

VI. Der direct in des Cedenten Namen klagende procurator in rem suam ist ebenso verpflichtet, Widerklagen aus der Person des Cedenten zu übernehmen, als berechtigt, Widerklagen aus der eignen Person abzulehnen.

§. 16. Die Pflicht des direct in fremdem Namen klagenden procurator i. r. s., Widerklagen aus der Person des Cedenten zu übernehmen, hat ihren Grund in folgenden unter der Rubrik: de cognitoribus

---

85) S. Th. II, S. 11 S. 39 ff. — — 86) Cession §. 61 a. E. S. 607 f. Ebenso Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 662. — — 87) arg. l. 4 §. 16 D. de exc. doli (44. 4).

et procuratoribus [1]) vom Prätor in das Edict aufgenommenen Worten [2]):

> Cujus nomine quis actionem sibi dari postulabit, is eum boni viri arbitratu defendat.

Wer fordert, daß ihm im Namen eines Anderen eine Klage gegeben werde, der soll diesen Anderen nach dem Ermessen eines redlichen Schiedsmanns vertheidigen.

Vertheidigen (defendere) heißt nicht, wie Mühlenbruch [3]) vermeint, eine Caution bestellen, sondern nach Backe's [4]) überzeugender Darstellung: einem Kläger gegenüber die Rolle des Beklagten übernehmen [5]). Nun ist zwar richtig, daß, so oft einem Kläger gegenüber die Rolle des Beklagten übernommen werden soll, dieses vollständig (plene) geschehen muß [6]), so daß nicht bloß lis zu contestiren, sondern auch der Rechtstreit zu Ende zu führen [7]), im Fall der Verurtheilung das Schuldige zu leisten [8]) und überhaupt alles, was sonst noch dem Beklagten obliegt, z. B. in Betreff der Antwort auf eine interrogatio in jure [9]), in Betreff etwaiger Cautionen [10]), zu erfüllen ist, ja daß selbst derjenige, welcher, während er als Kläger gegen einen Beklagten auftritt, umgekehrt vom Beklagten mit einer Widerklage angegriffen wird, dem Gerichtstande der Widerklage sich zu unterwerfen hat [11]);

---

[1]) Cod. Th. II, 12. fr. Vat. §. 317. Paul. sent. rec. I, 2 u. 3. — — [2]) l. 33 §. 3 D. de procur. (3. 3). — — [3]) Cession §. 62, S. 614 ff. A. M. ist auch Puchta im Rechtsl. Bd. 2, S. 663 not. 72. — — [4]) Interprett. jur. Rom. c. III, p. 52 sqq. — — [5]) l. 15 D. de op. nov. nunc. (39. 1), l. 1 §. 1 D. ex quib. caus. maj. (4. 6), Gaj. III, 84. l. 32 D. de noxal. act. (9. 4), l. 9 pr. D. de damn. inf. (39. 2), l. 3, l. 5 D. de cess. bon. (42. 3), l. 13 pr. D. judic. solvi (46. 7). — l. 8, l. 15 §. 1, l. 42 §. 5 D. de procur. (3. 3), l. 23 C. eod. (2. 13), §. 1 J. de iis, per quos ag. (4. 10), l. 5 §. 8 D. jud. solvi (46. 7). — l. 52 D. de reg. jur. (50. 17), l. 35 §. 3 D. de procur. (3. 3), l. 5 §. 3 D. quib. ex caus. in poss. (42. 4), l. 39 pr. D. de procur. (3. 3). — — [6]) l. 9 §. 4 D. de interrog. in jure (11. 1), l. 21 §. 3 D. ex quib. caus. maj. (4. 6). — — [7]) l. 78 pr. D. de procur. (3. 3), l. 2 §. 4 D. quib. ex caus. in poss. (42. 4). — — [8]) l. 63 D. de judic. (5. 1). — — [9]) l. 9 §. 4 D. de interrog. in jure (11. 1), l. 39 pr. D. de procur. (3. 3). — — [10]) l. 21 §. 3 D. ex quib. caus. maj. (4. 6). — — [11]) l. 14 C. de sent. et interloc. (7. 45), Nov. 96 c. 2. — cf. l. 22 D. de judic. (5. 1), l. 11 §. 1 D. de jurisdict. (2. 1), l. 1 §. 15 D. de extraord. cogn. (50. 13), l. 5 pr. C. de fruct. et lit. exp. (7. 51), l. 23 D. depos. (16. 3), Collat. X. 2 c. 5. Schol. Steph. 94 zu Basil. XV, 1 c. 27 §. 5 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 20), Basil. IX, 3 c. 69 (Heimb. I, p. 459 sq.). Zweifel gegen das Alter des forum reconventionis erheben Francke im Comment. zum Pandectentitel: de hereditatis petitione S. 15 ff. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 81 ff. und Andere.

allein deßungeachtet kann man nicht bloß sich selbst, sondern auch einen Anderen vertheidigen oder — wie Ulpian sich ausdrückt — eandem vicem, quam reus subire [12]).

Unsere Edictstelle, welche gerade voraussetzt, theils daß ein Anderer vertheidigt werden soll, theils daß dieser Andere, welcher vertheidigt werden soll, durch den Vertheidiger zunächst eine Klage anzustellen sucht, spricht also von dem Falle, wenn der vertretene Kläger zugleich Beklagter wird, d. h. zugleich von seinem Gegner mit einer mutua petitio oder Widerklage belangt wird. Uebereinstimmend giebt die Basilikeninterpretation als Inhalt des Edicts an [13]): *Προκουράτωρ ἐπὶ τῷ κινῆσαι καθ' ἑτέρου τινὸς ἀγωγὴν δεφενδεύει τὸν προβαλλόμενον ἐπὶ ταῖς κατ' αὐτοῦ ἀντεναγωγαῖς πρὸς τὸν ἐναγόμενον καὶ λέγοντα κατὰ τοῦ πρωτοτύπου ἔχειν τινὰ ἀντεναγωγήν.*

Wenn es nun ferner heißt: derjenige, welcher im Namen eines Anderen eine Klage anzustellen verlangt, soll die Vertheidigung jenes Anderen gegen Widerklagen des Gegners nach dem Ermessen eines redlichen Schiedsmanns (boni viri arbitratu) übernehmen: so bedeutet das nicht mehr und nicht weniger, als daß der Vertheidiger zwar zu sorgen hat, dem Widerkläger alle Vortheile, welche demselben aus der Selbstvertheidigung des Widerbeklagten erwachsen würden, auch durch seine Vertheidigung des Widerbeklagten zu verschaffen, dagegen befugt ist, jede weitere Belästigung, z. B. die Verurtheilung zum Vollen, wenn der dominus nur ins Erschwingliche verurtheilt sein würde [14]), abzulehnen. Auf der einen Seite genügt nämlich der Vertheidiger seiner Pflicht nicht anders, als wenn er für die Gegenwart alles thut, was der pflichttreue Widerbeklagte selbst gethan haben würde, und für die Zukunft ein Gleiches zu thun dem Widerkläger unter bürgschaftlicher Sicherheit verspricht [15]), welches beides Ulpian kurz und treffend umschreibt als: id facere, quod dominus in litem faceret, et cavere idonee [16]), indem er unter dem

---

[12]) l. 51 §. 1 D. de procur. (3. 3). — — [13]) Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 33 §. 4. 5 (Heimb. I, p. 371): Procurator, cum actione adversus alium experitur, defendit mandantem in reconventionibus adversus reum conventum, contendentem, se contra principalem aliquam mutuam actionem habere. cf. Schol. *τὴν δίκην ὑποδέξασθαι* zu Basil. VIII, 3 c. 35 §. 3 (Heimb. I, p. 372 sq.). Interpr. zu Basil. VIII, 3 c. 35 §. 3 (Heimb. I, p. 373). — — [14]) l. 51 § 1 D. de procur. (3. 3), l. 63 §. 1 D. pro soc. (17. 2). Schol. 5 zu Basil. XII, 1 c. 60 §. 1 (Heimb. I, p. 767). — — [15]) Gaj. IV, 101. l. 46 §. 2 D. de procur. (3. 3), §. 2. 5 J. de satisd. (4. 11), l. 166 D. de reg. jur. (50. 17). — — [16]) l. 35 §. 3 D. de procur. (3. 3).

cavere idonee zunächst das satisdare judicatum solvi [17]), sodann aber auch, so oft die Sachlage der Art ist, daß der Vertheidigte in der Folge wider den Gegner wegen desselben Punkts als Kläger auftreten kann, das satisdare de rato [18]) versteht und aus dem Ganzen der Verpflichtung ableitet, daß der Vertheidiger des Widerbeklagten nicht, wie jeder sonstige Vertheidiger eines Anderen [19]), durch Verwirkung der geleisteten satisdatio judicatum solvi die Litiscontestation vermeiden könne, sondern selbst nach geleisteter Caution vom Prätor zur Litiscontestation anzuhalten sei, damit dem Widerkläger die Möglichkeit verbleibe, im Gerichtstande der Widerklage seinen Gegenanspruch rechtlich und thatsächlich feststellen zu lassen [20]).

Auf der anderen Seite wird der Vertheidiger des Widerbeklagten weder vom Prätor zur Litiscontestation oder auch nur zur cautio gezwungen, noch vom bonus vir aus der geleisteten cautio judicatum solvi verurtheilt, wenn er den Widerkläger freiwillig zu befriedigen bereit ist [21]) oder gerechten Grund hat, die Vertheidigung zu verweigern oder endlich durch die Nichtvertheidigung dem Widerkläger keinerlei Nachtheil zufügt.

Freiwillig den Widerkläger zu befriedigen bereit ist der Vertheidiger unter anderem, wenn er hinsichtlich der alternativen Verbindlichkeiten des Vertheidigten, die litisaestimatio zu zahlen oder den Sklaven zum Schadensersatze zu geben, wegen des möglichen Schadens zu caviren oder des gefährdenden Hauses zu entbehren, wegen der Legate Sicherheit zu leisten oder Immission in die Erbschaftsgegenstände zu leiden [22]), gestattet, daß der Noxalsklav abgeführt, das Schaden drohende Haus von dem gefährdeten Nachbar, die Erbschaftsgegenstände von dem Legatar in Detention genommen werden, sofern nur zugleich der Gefahr, daß der Vertheidigte demnächst gegen den Besitzer oder Detentor als Kläger auftrete, durch satisdatio de rato vorgebeugt wird [23]).

---

[17]) l. 51 §. 2 — l. 53 D. de procur. (3. 3), l. 5 §. 3 D. quib. ex caus. in poss. (42. 4), l. 63 D. de judic. (5. 1), l. 21 §. 3 D. quib. ex caus. maj. (4. 6), l. 5 §. 3, l. 10 fin. D. judic. solvi (46. 7), l. 35 §. 3, l. 46 §. 2 D. de procur. (3. 3). Gaj. IV, 101. l. un. C. de satisd. (2. 57). Schol. τὴν δίκην ὑποδέξασθαι zu Basil. VIII, 2 c. 35 §. 3. Schol. ἱκανοδοσίας zu Basil. VIII, 2 c. 46 §. 2 (Heimb. I, p. 371. 389). — — [18]) l. 40 §. 2, l. 39 §. 5—7, l. 75 D. de procur. (3. 3), l. 6 D. rat. rem hab. (46. 8). — — [19]) l. 43 §. 6, l. 44, l. 45 pr. D. de procur. (3. 3), cf. l. 18 D. judic. solvi (46. 8) — — [20]) l. 35 §. 3 D. de procur. (3. 3). Schol. τὴν δίκην ὑποδέξασθαι zu Basil. VIII, 2 c. 35 §. 3 (Heimb. I, p. 372 sq.). — — [21]) l. 10 D. de admin. et peric. tut. (26. 7), l. 16 D. judic. solvi (46. 7). — — [22]) pr. J. de noxal. act. (4. 8), l. 9 pr. D. de damn. inf. (39. 2), l. 6 C. ut in poss. legat. (6. 54). — — [23]) l. 35 §. 3, l. 36 D. de procur. (3. 3), l. 6

Gerechter Grund, die Vertheidigung zu verweigern, ist für den Vertreter des Klägers namentlich dann vorhanden, wenn der Widerkläger, wie ihm nach vorjustinianeischem Rechte freisteht, die Widerklage in einem Gerichte anstellt, welches nicht mit dem Gericht der Vorklage zusammen in der Stadt Rom oder in derselben Provinz liegt [24]). Da nämlich der Gerichtsstand der Widerklage den Beklagten in den Stand setzt, alle Vortheile der Widerklage am Gericht der Vorklage zu erlangen, so würde er mit ungerechtfertigter Härte verfahren, wenn er bloß aus Laune den Vertreter des Klägers vor ein fernes Gericht ziehen wollte.

Ohne Nachtheil endlich bleibt der Widerkläger aus der vom gegnerischen Vertreter unterlassenen Vertheidigung des Widerbeklagten, wenn der Widerbeklagte selbst anwesend und daher ebenso leicht, als sein Vertreter mit der Widerklage erreichbar ist [25]); wobei nicht übersehen werden darf, daß wegen der Verschiedenheit des Zwecks der Begriff der An- und Abwesenheit hier anders, als bei der früher erörterten Frage nach der vom Vertreter des Klägers zu leistenden cautio de rato sich bestimmt [26]). Während es früher auf An- oder Abwesenheit im Gerichtszimmer ankam, kommt es jetzt nur auf An- oder Abwesenheit in der Gerichtsstadt an.

Es heißt einerseits bei Ulpian und Paulus [27]):

Praesens habetur et qui in hortis est [28]), et qui in foro et qui in urbe et in continentibus aedificiis, et ideo procurator ejus praesentis esse videtur.

andererseits bei Ulpian und Paulus im 8. Buche über alle Tribunale [29]):

Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci, ubi petitur; non enim trans mare absentem desideramus; et si forte extra continentia urbis sit, abest. Ceterum usque ad continentia non abesse, videtur, si non latitet. [30]).

An- oder abwesend ist hiernach jeder Principal, welcher an demselben Wohnorte oder nicht an demselben Wohnorte sich befindet, wo-

---

D. rat. rem hab. (46. 8). Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 35 §. 3 (Heimb. I, p. 373). — — [24]) l. 35 §. 2 D. de procur. (3. 3). — — [25]) l. 35 §. 2 D. de procur. (3. 3), l. un. C. de satisd. (2. 57). Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 35 §. 3 und c. 83 (Heimb. I, p. 371. 403). — — [26]) S. Th. II, §. 6. — — [27]) l. 5 — l. 7 D. de procur. (3. 3). Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 35 §. 3 (Heimb. I, p. 371). — — [28]) Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 2 (Heimb. I, p. 324. — — [29]) l. 199, l. 173 §. 1 D. de V. S. (50. 16). — — [30]) S. Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms Th. 1, S. 9 f.

selbst der Vertreter für ihn die Klage anzustellen begehrt; und das genügt vollkommen, um es billig zu erachten, daß der procurator praesentis von der Defensionspflicht befreit sei, da der in diesem Sinn anwesende Principal vom Beklagten immer noch ebenso leicht, als der Vertreter desselben ins Widerrecht genommen werden kann.

Demgemäß wird der defensor praesentis vom defensor absentis durch die Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit der defensio unterschieden [31]) und der Wirkungskreis des Edicts von Papinian in Uebereinstimmung mit Paulus und einem Rescripte des Kaisers Antoninus Caracalla dahin angegeben [32]):

Si procurator absentis aliquam actionem absentis nomine inferre velit, cogendum eum adversus omnes absentem defendere.

Im Uebrigen erstreckte sich die Pflicht des für den Kläger handelnden Vertreters zur Vertheidigung des Klägers auf alle mutuae petitiones, d. h. auf alle umgekehrt vom Beklagten gegen den Kläger vor irgend einem zuständigen Gerichte des Letzteren mit oder ohne Benutzung des Gerichtstands der Widerklage angestellte Klagen [33]), bis Justinian bestimmte, daß der Beklagte alle Widerklagen, welche ihm gegen den Kläger zuständen, entweder gleich im Anfange des Processes vor dem Richter der Vorklage vorzubringen oder deren Anstellung bis nach Beendigung der Vorklage zu verschieben habe [34]). Auch nach Justinian blieb es indeß gleichgültig, ob die vor demselben Richter der Vorklage angebrachte Widerklage in einem verschiedenen Proceßgange [35]), oder, sofern sie aus demselben Rechtsgeschäfte herrührte und mittelst der intentio: quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere oportet ex bona fide, judex condemna mit der Vorklage zu einem gemeinschaftlichen judicium verschmolzen werden konnte [36]), in demselben Proceßgange verhandelt wurde.

Das Mittel, den Vertreter des Klägers zur Uebernahme der Ver-

---

[31]) l. 42 §. 2 D. de jurejur. (12. 2). Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 35 §. 3 (Heimb. I, p. 372). — — [32]) fr. Vat. §. 333. Consult. c. 3. Paul. sent. rec. I, 4 §. 4. cf. l. 43 §. 6 D. de procur. (3. 3), l. 5 C. eod. (2. 13), Schol. zu Basil. VIII, 2 c. 83 (Heimb. I, p. 403). — — [33]) l. 35 §. 2 D. de procur. (3. 3), fr. Vat. §. 333 . . adversus omnes defendere. — — [34]) Nov. 96 c. 2. Ueber diese Stelle s. Francke, Comment. zum Pandectentit. de her. pet. S. 16 ff. — — [35]) l. 18 pr. D. de compens. (16. 2). S. S. 21 ff. l. 1 §. 4 D. quae sentent. (49. 8), l. 1 C. rer. amotar. (5. 21). cf. l. 6 C. de compens. (4. 31). Valer. Maxim. VIII, 2 §. 3. Seneca de benefic. VI, 5. Rudorff, Rechtsgesch. II, S. 160. Francke, Comm. zm Pandectentitel: de her. pet. S. 14 ff. — — [36]) Gaj. III, 137. Cic. top. c. 17. v. Savigny, Syst. Bd. 6, S. 331 ff.

theidigung, also zuvörderst zur satisdatio judicatum solvi und unter Umständen außerdem zur satisdatio de rato [37]), demnächst zur litiscontestatio in der Widerklage zu zwingen, besteht darin, daß ihm vom Prätor die Anstellung der Vorklage versagt wird [38]). Dieses Mittel verliert seine Anwendbarkeit, sobald in der Vorklage lis contestirt ist, woraus folgt, daß der Beklagte „in ipso litis exordio" die Widerklage erheben und vom Vertreter des Klägers die Vertheidigung fordern muß, wenn der Vertreter des Klägers nicht von der Verpflichtung zur Uebernahme derselben frei werden soll [39]). War die Widerklage in einem anderen Proceßgange oder gar nach früherem Rechte vor einem anderen Richter zu verhandeln, so daß die Vertheidigung nicht sofort durch Uebernahme des judicium ins Werk gerichtet werden konnte, so hatte der Vertreter des Klägers in dem Vorprocesse die Uebernahme der Vertheidigung in der Widerklage zu geloben und für die Erfüllung dieses Gelöbnisses Bürgen zu stellen, bevor der Proceß seinen Fortgang nehmen durfte. Dieser „satisdatio super excipienda lite" erwähnt ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian vom Jahre 294 in den Worten [40]):

Si — ei (sc. qui apud acta factus est agentis procurator) ab adversario suo opposita fuerit in ipso litis exordio defensionis allegatio: etiam ipse quasi absentis in hac parte procurator satisdationem super excipienda lite praestare cogitur: qua non praecedente lis, quae ei data est, ulterius procedere a judice non conceditur. Rei autem procurator vel defensor, etiam sub gestorum testificatione factus, in ipso litis limine judicatum solvi satisdationem in omnibus causis praestare cogitur.

Der zu den Acten bestellte Procurator des Klägers soll nicht verpflichtet sein, satisdatio de rato zu leisten, weil er in dieser Beziehung wie ein procurator praesentis betrachtet wird [41]). Ist ihm aber vom Gegner beim Beginn des Rechtstreits der Einwand der

---

[37]) S. S. 155. — — [38]) l. 35 §. 3, l. 43 §. 4 D. de procur. (3. 3), l. 3, l. 5 C. eod. (2. 13), l. un. C. de satisd. (2. 57), l. 5 §. 20, l. 6, l. 7 pr. D. de O. N. N. (39. 1), l. 3 §. 4 D. de act. rer. amot. (25. 2). Thalelaei interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 77 (Heimb. I, p. 401). cf. l. 1 C. rer. amot. (5. 21) mit der Auslegung von Sartorius, Widerklage S. 66 ff. Glosse zum sächs. Landr. B. 3, Art. 12. Rudorff in Jahrb. f. gem. deutsch. Recht Bd. 4, S. 148. A. M. ist Cropp, Abhandl. Bd. 1, S. 231 not. 17. — — [39]) l. un. C. de satisd. (2. 57). Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 33 §. 4. 5 und zu c. 43 §. 4 (Heimb. I. p. 371. 385). Darauf bezieht sich l. 17 C. de procur. (2. 13), cf. Schol. τὸν ἀπόντα zu Basil. VIII, 2 c. 91 (Heimb. I, p. 411). — — [40]) l. un. C. de satisdat. (2. 57). — — [41]) S. S. 71 ff.

gegen eine Widerklage zu übernehmenden Vertheidigung (defensionis allegatio) entgegengesetzt, so wird er in dieser Rücksicht (in hac parte) als ein procurator absentis angesehen und genöthigt, satisdatio super excipienda lite zu leisten, bevor der Richter dem Verfahren weiteren Fortgang verstattet. Diese Satisdation hat ihren Zweck erfüllt, sobald der Procurator wirklich die Vertheidigung in der Widerklage übernimmt, was natürlich nicht ausschließt, sondern gerade voraussetzt, daß der Procurator des Klägers als Procurator des Widerbeklagten oder als wirklicher Vertheidiger beim wirklichen Beginne des Widerklageprocesses selbst dann, wenn er sich durch die Acten zu legitimiren vermag, in allen Sachen satisdatio judicatum solvi zu leisten hat [42].

Die Kaiser stellen hiernach denselben Vertreter in drei verschiedenen Stadien dar, und bestimmen für jedes Stadium die von ihm zu leistende Caution. Im ersten Stadium hat der procurator, welcher als Vertreter des Vorklägers die Vorklage gegen den Beklagten anstellt, satisdatio ratam rem dominum habiturum zu stellen, sofern er nicht ein procurator apud acta factus und deshalb, was die Vorklage anbetrifft, als ein procurator quasi praesentis von dieser Caution befreit ist; im zweiten Stadium hat derselbe procurator auf den Einwand des Beklagten, daß er eine in einem besonderen Verfahren und — so lange das frühere Recht galt — vielleicht auch vor einem anderen Gerichte zu verhandelnde Widerklage erheben werde, gegen welche der Vorkläger als Widerbeklagter vom Vertreter zu vertheidigen sei, satisdatio super excipienda lite, d. h. Caution wegen der demnächst von ihm als Vertheidiger des Widerbeklagten wirklich aufzunehmenden Widerklage, zu leisten und nun erst den Vorproceß fortzusetzen; im dritten Stadium endlich muß derselbe procurator der geleisteten satisdatio super excipienda lite gemäß das besondere Verfahren in der Widerklage als Vertheidiger des Widerbeklagten übernehmen und hier, wie jeder andere Procurator des Beklagten, oder vielmehr wie jeder defensor, satisdatio judicatum solvi leisten, obschon er hinsichtlich der Vorklage oder selbst hinsichtlich der Widerklage actlich als procurator bestellt ist [43]. Dieser einfache Zusammenhang ist häufig verkannt worden, was dann weiter zu mannigfachen Irrthümern über die Bedeutung der defensionis allegatio und der

---

42) fr. Vat. §. 317. — Quae satisdatio (sc. judicatum solvi) adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiam si apud acta procurator constituatur, divus Severus constituerit. — l. 5 §. 20, l. 6, l. 7 D. de oper. nov. nunc. (39. 1). — — 43) Gaj. IV, 101. fr. Vat. §. 317. §. 1. 5 J. de satisdat. (4. 11).

satisdatio super excipienda lite Veranlassung gegeben hat [44]. Gleichwohl sagen schon die Basiliken, der Procurator des Klägers sei auf die vom Beklagten vorgeschützte διεκδικήσεως δικαιολογία (defensionis allegatio) genöthigt:

> τὴν ἱκανοδοσίαν διδόναι ἐπὶ τῇ διεκδικήσει, τουτέστιν περὶ τοῦ ὑποδέξασθαι τὴν ἐναγωγὴν τὴν ὀνόματι τοῦ δεδωκότος αὐτὸν ἐπι φερομένην αὐτῷ [45]),

und in demselben Sinne wiederholt die Basilikenerklärung zu den an die Spitze dieser Erörterung gestellten Edictsworten, nachdem sie erst des Falls gedacht hat, wenn der Vertreter des Klägers die Vertheidigung desselben in der Widerklage ohne Weiteres übernehme, des zweiten Falls:

> εἰ γὰρ μήτε τοῦτο ποιήσει, ἤτοι ἐπαγγείληται, κἂν ἐπερωτηθῇ δεφενδεύειν αὐτὸν ἀντεναγόμενον, οὐκ ἔξεστι αὐτῷ εἰσιέναι τε καὶ κινεῖν τὴν ἀγωγὴν, εἰ μή, ὡς εἶπον, δεφενδεύσει τὸν προβαλλόμενον αὐτὸν in rem suam προκουράτωρα, ἤτοι ἐπαγγείληται καὶ ὁμολογήσει δεφενδεύειν αὐτόν [46]).

Auch hier und noch in einer anderen Basilikenerklärung [47]) wird die gegenwärtige defensio gegen Widerklagen von dem Versprechen künftiger defensio unterschieden, eins von beiden aber dem Procurator des Klägers zur Pflicht gemacht, um nicht auf den Grund

---

[44]) So wird unter der satisdatio super excipienda lite irrig verstanden von Mühlenbruch (Cess. §. 62, S. 617 f.) eine Caution, wodurch sich der Procurator verpflichtete, auf die Einreden sich einzulassen; von Backe (loc. laud. c. III, §. 2, pag. 64) eine satisdatio judicatum solvi; von Sartorius (Widerklage S. 156 f.) und Heimbach sen. (Rechtslexic. Bd. 14, S. 595 f. not. 79) gar eine satisdatio de rato, obgleich der widerbeklagte procurator von deren Leistung ausdrücklich frei erklärt ist [l. 5 §. 20, l. 6 D. de oper nov. nunc. (39. 1), l. 45 §. 2 D. de procur. (3. 3)], wenn nicht ausnahmsweise trotz übernommener defensio Gefahr obwaltet, daß der Vertheidigte demnächst den siegreichen Widerkläger mit einer neuen Klage überziehe [l. 36, l. 39 §. 5—7, l. 40 §. 2 D. de procur. (3. 3), l. 6 D. rat. rem hab. (46. 8)]. — — [45]) Basil. VII, 14 c. 17 (Heimb. I, p. 304 sq.) satisdare de re defendenda, id est, de lite nomine ejus, qui ipsum procuratorem constituit, ipsi illata excipienda. — — [46]) Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 33 §. 4. 5 (Heimb. I, p. 371): Si enim neque hoc faciat, neque stipulanti promittat, se dominum in reconventione defensurum, non permittitur ipsi actionem movere, nisi, ut dixi, mandantem, per quem procurator in rem suam est constitutus, defendat aut saltem spondeat, se defensurum. — — [47]) Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 43 §. 4 (Heimb. I, p. 385), cf. Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 35 pr. (Heimb. I, p. 372).

der vom Beklagten vorgeschützten allegatio defensionis vom Betriebe der Vorklage ausgeschlossen zu werden.

Den Grund der Defensionspflicht giebt Ulpian dahin an[48]: Aequum praetori visum est, eum, qui alicujus nomine procurator experitur, eundem etiam defensionem suscipere.

Es soll billig sein, daß derjenige, welcher im Namen eines Anderen klagt, denselben auch gegen Widerklagen vertheidige, weil sonst der dominus nicht bloß den Gebrauch des Gerichtsstandes der Widerklage und das mit diesem Gebrauche verbundene Recht, nicht eher auf die Vorklage Zahlung zu leisten, bis in der Widerklage ebenfalls erkannt worden sei[49], dem Beklagten vereiteln, sondern auch durch Abwesenheit der Möglichkeit, beklagt zu werden, überhaupt sich entziehen und doch die Möglichkeit, zu klagen, durch den Vertreter sich erhalten könnte, was alles eine Unbilligkeit gegen den Widersacher in sich schließen würde. Diese Unbilligkeit drohet einzutreten, so oft Jemand fremde Klagerechte als Vertreter des Klagberechtigten geltend macht. Die Pflicht der defensio trifft daher jeden Vertreter, welcher im Namen des Vertretenen zu klagen begehrt, mag er als wirklicher oder als vermutheter procurator[50], als actor[51], curator oder tutor[52] auftreten. Selbst der Vater, welcher mit Einwilligung seiner verheirathet gewesenen Haustochter — adjuncta filiae persona[53] — von deren geschiedenem Ehemanne die dos profectitia mit der actio rei uxoriae zurückfordert, muß die Tochter gegen Widerklagen des Mannes vertheidigen[54], weil er zugleich im eignen und in der Tochter Namen klagt[55]. Nach der Ansicht, daß „in causam dotis particeps et quasi socia obligationis filia esset“[56], hatte nämlich der Vater die intentio dahin zu richten: sibi filiaeve reddi dotem[57], so daß nur die condemnatio auf des Vaters Namen aus-

---

48) l. 33 §. 4 D. de procur. (3. 3). — — 49) l. 1 §. ult. D. quae sentent. sine appell. (49. 8), l. 1 C. rer. amot. (5. 21), l. 6 C. de compens. (4. 31). — — 50) l. 35, l. 39 pr. D. de procur. (3. 3), l. 43 §. 4 D. eod. u. s. w. — — 51) l. 6 §. 3 D. quod cuj. univ. nom. (3. 4), fr. Vat. §. 335. — Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 106 §. 3 (Heimb. I, p. 422). — — 52) l. 28 C. de adm. tut. (5. 37), l. 10, l. 30 D. eod. (26. 7). — — 53) l. 7 D. de pact. dotal. (23. 4). — — 54) l. 39 §. 3 D. de procur. (3. 3), l. 3 §. 4 D. de act. rer. amot. (25. 2). — — 55) Schol. 12 zu Basil. XXVIII, 8 c. 2 §. 2 (Heimb. III, p. 240). — — 56) l. 34 §. 6 D. de solut. (46. 3), cf. l. 2 §. 1, l. 3 D. solut. matrim. (24. 3), l. un. §. 14 C. de rei uxor. act. (5. 13). — — 57) l. 22 §. 9 D. solut. matr. (24. 3), l. 65 D. de solut. (46. 3), cf. l. 10 §. 1 D. de bon. damnat. (48. 20). — Formell normirt: quantum ejus Nm. Nm. Ao Ao patri Cajaeve filiae dare facere repromittereve melius aequius est.

schließlich lautete und der Vater oder der für den Vater mit Zustimmung der Tochter etwa auftretende procurator oder curator [58]) in Wahrheit zugleich als Vertreter der Tochter anzusehen war, als solcher aber die gegen die Tochter begründeten Einreden hinzunehmen [59]), Schulden der Tochter zum Vollen abzurechnen [60]), und hinsichtlich der gegen die Tochter zu richtenden Widerklage zum Vollen satisdatio judicatum solvi [61]), wie hinsichtlich der Vorklage satisdatio ratam rem filiam habituram [62]) zu leisten hatte.

Aus demselben Grunde trifft die Pflicht der defensio auch den procurator in rem suam, sofern derselbe direct im Namen eines abwesenden Cedenten zu klagen versucht; denn wie es überhaupt billig ist, daß die commoda und incommoda eines Rechtsverhältnisses sich ausgleichen, so ist es auch billig, daß einerseits der procurator in rem suam, welcher freiwillig ein fremdes Klagerecht auszuüben trachtet, an der Ausübung verhindert werde, wenn er nicht zugleich die durch die Vertretung des Cedenten dem Cessus drohenden Nachtheile abzuwenden bereit ist, und daß andererseits der Cedent, welcher sich freiwillig in Betreff seiner Forderung vom procurator in rem suam vertreten läßt, auch in Betreff seiner Schulden die Vertretung desselben sich gefallen lasse. Es ist deshalb nichts weniger als befremdend, in folgenden Quellenzeugnissen die Defensionspflicht des direct in des Cedenten Namen klagenden Cessionars ausdrücklich anerkannt zu sehen:

Ulpianus lib. 9 ad Edictum [63]).

Si quis in rem suam procurator interveniat, adhuc erit dicendum, debere eum defendere, nisi forte ex necessitate fuerit factus.

Scaevola lib. 1 Responsorum [64]).

Pater filio suo pupillo tutorem dedit Sempronium creditorem suum, is administrata tutela reliquit fratrem suum heredem: qui et ipse decessit, et per fideicommissum nomen de-

---

58) l. 8 pr. D. de procur. (3. 3), l. 31 §. 2 D. solut. matrim. (24. 3), l. 2 §. 1, l. 22 §. 10 D. eod. — — 59) l. 7 D. de pact. conv. (23. 4). — — 60) Schol. 4 zu Basil. XXVIII, 11 c. 3 §. 4 (Heimb. III, p. 301), cf. l. 9 pr. D. de compens. (16. 2). — — 61) l. 39 §. 3 D. de procur. (3. 3), l. 3 §. 4 D. de act. rer. amot. (24. 3). — — 62) l. 39 §. 3 D. de procur. (3. 3), l. 2 §. 2 D. solut. matrim. (24. 3). — — 63) l. 33 §. 5 D. de procur. (3. 3). — — 64) l. 70 D. de procur. (4. 3). — Cujac. ad Scaevol. Resp. ad h. l. (opp. VI, p. 695 sq.).

bitoris Titio reliquit; eique mandatae sunt actiones ab heredibus. Quaero, cum tam tutelae actio, quam pecuniae creditae [65]) ex hereditate Sempronii descendat, an non aliter mandata actio ei detur, quam si defendat heredes, a quibus ei actiones mandatae sunt? Respondi debere defendere.

Ulpian schreibt obige Worte in unmittelbarem Zusammenhange mit der vorher mitgetheilten Vorschrift des Edicts, daß, wer in eines Anderen Namen klage, auch dessen Vertheidigung übernehmen müsse. Aus diesem Grunde kann der an sich schon die formelle Vertretung des Cedenten bezeichnende Ausdruck: si quis in rem suam procurator interveniat [66]) nichts anders, als vom Gebrauche der directa actio alieno nomine verstanden werden. Die Basiliken übersetzen demgemäß [67]):

Ὁ κινῶν ὀνόματί τινος καὶ τὴν ἀσφάλειαν δίδωσι καὶ διεκδικεῖ αὐτὸν, εἰ καὶ ἐν πράγματι ἰδίῳ ἐστὶ διοικήτης, εἰ μὴ ἄρα ἐξ ἀνάγκης γέγονεν.

Ulpian stellt also das Klagen in des Cedenten Namen oder die Geltendmachung eines fremden Klagerechts sehr bestimmt als Voraussetzung der Verpflichtung auf, den Cedenten gegen Widerklagen zu vertheidigen.

In völliger Uebereinstimmung entscheidet Scävola, daß der Fideicommissar, welcher die vom Erblasser vermachte und von den Erben aufgetragene Klage anstellt, die Erben vertheidigen müsse; denn die unverkennbare Geflissenheit, womit wiederholt hervorgehoben ist, die Erben hätten die Klagen (actiones) — nämlich die persönliche Hauptklage und etwaige Nebenklagen aus Bürgschaften, Pfandrechten und dergleichen — aufgetragen und der Fideicommissar die mandata actio angestellt, zeigt auch hier, daß Scävola das defendere debere im Zusammenhange mit dem agere alieno nomine des procurator in rem suam gedacht habe [68]).

Damit wäre das Bruchstück Scävola's genügend erklärt, wenn

---

[65]) Ueber actio pec. cred. s. Voigt, die condictiones ob causam S. 259 not. 196. Heimbach, creditum S. 44. — — [66]) Brisson. s. v. intervenire. — Gothofred. ad l. 5 C. Th. de cognit. (2. 12). v. Buchholtz, ad fr. Vat. p. 342. — Zimmern, Proc. §. 164 not. 1. — — [67]) Basil. VIII, 2 c. 33 §. 4. 5 (Heimb. I, p. 371): Qui alicujus nomine agit, et de rato satisdat et eundem defendit, licet procurator in rem sit, nisi forte ex necessitate fuerit factus. — — [68]) S. Th. I, S. 5 f.

es nicht in anderer Beziehung zu Bedenken Anlaß gäbe. Scävola behandelt nämlich folgenden Fall:

Ein Vater hat seinen unmündigen Sohn zum Erben eingesetzt und seinen Darlehnsgläubiger Sempronius zum Vormunde desselben ernannt, was nach vorjustinianeischem Rechte erlaubt war[69]). Sempronius stirbt nach geführter Vormundschaft und hinterläßt seinen Bruder als Erben, der also einerseits die Darlehnsforderung (actio pecuniae creditae) des Sempronius gegen den Mündel und andererseits die aus der Vormundschaftsführung herrührende Schuld des Sempronius überkommen hat. Auch dieser Bruder des Sempronius stirbt und hinterläßt mehrere Erben, indem er zugleich die ererbte Forderung des Sempronius durch Fideicommiß dem Titius vermacht, welcher von den Erben durch ein mandatum actionis zum procurator in rem suam bestellt wird. In diesem Falle entscheidet Scävola: „Weil sowohl die tutelae actio des Mündels gegen die auftragenden Erben, als die dem Fideicommissar Titius von den Erben aufgetragene Darlehnsklage gegen den Mündel aus der Erbschaft des Sempronius herstamme, so müsse der Fideicommissar Titius, um die letztere Klage verfolgen zu können, auch in der tutelae actio die Vertheidigung der Erben übernehmen."

Was bezweckt diese Motivirung? Ich glaube, nicht mehr und nicht weniger, als den Nachweis der Passivlegitimation aller Erben in Betreff der tutelae actio zu liefern. Um den Fideicommissar der von ihm angestellten mandata actio halber zur defensio aller Erben für verpflichtet zu erachten, mußte dargethan sein, daß alle Erben, in deren Namen der Fideicommissar klagte, auch die durch die tutelae actio zu belangenden Personen seien, was am einfachsten durch die Erwähnung geschah, daß beide Obligationsverhältnisse aus der auf die Erben gelangten Erbschaft des Sempronius herrührten[70]).

Backe[71]) findet in dieser Motivirung mehr angedeutet, nämlich einen Unterschied, je nachdem die Erben, welche eine ererbte Forderung cediren, die Schuld, welche den Gegenstand der Widerklage bilden soll, ebenfalls ererbt oder selbst erst begründet haben, indem der procurator in rem suam nur im ersten, nicht auch im zweiten Falle zur defensio der Erben gehalten sein soll. Allein so wenig es selbst nach

---

[69]) l. 44 D. de pact. (2. 14), l. 9 §. 5 D. de admin. tut. (26. 7), l. 7 C. de excus. tut. (5. 62), l. 8 C. qui dari tut. (5. 34). — Nov. 72 c. 2. — cf. l. 12 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9), l. 21 pr. D. de excus. (27. 1), §. 4 J. de excus. (1, 25), l. 78 §. 1 D. de contrah. emt. (18. 1). — — [70]) l. 7 §. 2 D. de acquir. her. (29. 2), cf. l. 65, l. 70 D. de V. S. (50. 16), l. 194 D. de reg. jur. (50. 17). — — [71]) loc. laud. p. 116 sqq.

Backe's Meinung verschlagen würde, ob Forderung und Schuld beide aus der Erbschaft des Sempronius oder des Bruders und Erben desselben, oder nur die eine von beiden aus der Erbschaft des Sempronius, die andere aus der Erbschaft des Bruders und Erben desselben herstammen: ebensowenig kann es einen Unterschied machen, ob den auftragenden Erben die Forderung und die Schuld durch Ererbung oder beide durch eigne Begründung, oder die eine von beiden durch Ererbung, die andere durch eigne Begründung zu Theil geworden sei; denn in allen Fällen ist es das Vermögen der Erben, dem sowohl die Schuld als bis zur litiscontestatio des Fideicommissars die Forderung angehört [72]); in allen Fällen ist Forderung und Schuld auf gleiche Weise compensabel [73]), in allen Fällen lauten die Formeln activ und passiv gleichmäßig auf die Namen der Erben [74]); und nur diese Momente können die Defensionspflicht des procurator in rem suam bedingen, wenn nicht Willkür die Stelle eines festen, der Natur der Sache entsprechenden Grundsatzes vertreten soll.

Es fragt sich also nur noch, was die von Ulpian erwähnte Ausnahme besagt, wonach der procurator in rem suam von der Defensionspflicht frei sein soll: „si forte ex necessitate fuerit factus." Man hat diese dunkeln Worte verschieden gedeutet, je nachdem man von einer rechtlichen oder thatsächlichen necessitas, von einer necessitas in der Person des Cedenten oder in der Person des Cessionars ausgegangen ist; hat aber auf keinem der eingeschlagenen Wege ein nur einigermaßen befriedigendes Ergebniß erlangt, weil man immer an ein wirkliches, den procurator in rem suam sowohl zum directe agere alieno nomine, als zum utiliter agere suo nomine ermächtigendes mandatum agendi gedacht hat [75]) und doch nicht zu begreifen vermag, warum nicht Jeder, welcher ein fremdes Klagerecht zu verfolgen trachtet, ohne Unterschied vertheidigungspflichtig sein soll. Mich dünkt daher, es sei einfach ein fingirter Cessionar zu unterstellen; denn welcher procurator in rem suam ist wohl mehr ex necessitate factus, als derjenige, welcher ohne seinen und ohne des Cedenten darauf gerichteten Willen durch unmittelbare Bestimmung des Gesetzes mit dem Eintritt gewisser Thatumstände zum procurator in rem suam gemacht wird? Dazu paßt auch, daß die Basiliken-interpretation behuf Bestimmung der Defensionspflicht denjenigen, welcher ἐξ εὐθείας (recte sc. via) und denjenigen, welcher ἐκ πε-

---

72) l. 10 §. 2 D. de vulg. et pup. subst. (28. 6) . . . juncta enim hereditas coepit esse. — — 73) l. 16 pr. D. de compens. (16. 1). — — 74) Gaj. IV, 34. — — 75) Vergl. Backe, loc. cit. §. 6 pag. 119 sqq. und pag. 95 sqq. — Sartorius, Widerklage S. 187 ff.

ρισϛάσεως (ex necessitate) in rem suam procurator geworden ist, einander gegenüberstellt[76]), und denjenigen, welcher eine Forderung an Zahlungs Statt empfangen oder eine Erbschaft gekauft hat, als Beispiel eines ἐκ περιστάσεως gewordenen procurator in rem suam nennt, auch den Erbschaftskäufer nach Verweisung auf das in l. 34 D. de procur. (3. 3) mitgetheilte Bruchstück des Gajus wiederholt als einen in rem suam προκουράτωρα ὡς ἐξ ανάγκης γενόμενον bezeichnet[77]); denn den entsprechendsten Gegensatz zu dem in Wirklichkeit geradezu (ἐξ εὐθείας) bestellten procurator in rem suam bildet ohne Zweifel der durch das Gesetz fingirter Maßen (ἐξ ἀνάγκης oder ἐκ περιστάσεως, d. h. ex necessitate oder utilitate) aufgestellte procurator in rem suam, wie er in der That nicht nur zufolge einer datio nominis in solutum[78]), sondern vor allem auch zufolge eines Erbschaftskaufs[79]) vor Augen tritt. Es kommt hinzu, daß das weiter unten[80]) zu erklärende Bruchstück des Gajus, welches von den Compilatoren nach der richtigen Annahme der Basilikeninterpretation zur Erläuterung der in l. 33 §. ult. D. de procur. (3. 3) im Allgemeinen erwähnten Ausnahme als l. 34 D. de procur. (3.3) dem Auszuge aus Ulpian's Edictscommentare recht absichtlich angereihet worden ist, diese Auslegung durchaus unterstützt, indem der fingirte procurator in rem suam nur utiliter im eignen Namen, nicht direct in des Quasicedenten Namen zu klagen vermag, das agere alieno nomine aber theils nach den früheren Ausführungen, theils nach den weiter unten zu liefernden Bestätigungen unerläßliche Vorbedingung der Defensionspflicht ist.

Das Ergebniß der vorstehenden Erörterung können wir also dahin zusammenfassen, daß jeder procurator in rem suam, welcher **direct im Namen des abwesenden Cedenten** klagt, auf Erfordern des Beklagten den Cedenten unter Leistung der satisdatio judicatum solvi gegen Widerklagen zu vertheidigen hat. Dieses Ergebniß ist dem Vorwurfe der Unbilligkeit um so weniger ausgesetzt, je gewisser jeder procurator in rem suam durch Anstellung der utilis actio suo nomine der Vertheidigungsverbindlichkeit ausweichen kann, und sofern er freiwillig vorzieht, das Klagerecht als noch im Vermögen des Cedenten befindlich zu behandeln, oder sofern er als Beschenkter nach vorjustinianeischem Rechte wegen Mangels der utilis actio zu dieser Behandlung genöthigt war, keinenfalls ausreichenden Grund hat, sich darüber zu beschweren, daß ihm die Vortheile **der Vertre**-

---

[76]) Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 33 §. 4. 5 (Heimb. I, p. 371). — — [77]) Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 34 (Heimb. I, p. 371). — — [78]) S. Th. I, S. 205 f. — — [79]) S. Th. I, S. 195 ff. — — [80]) S. Th. II, §. 38.

tung des Cedenten nicht ohne die damit verknüpften Nachtheile zu Gute kommen sollen.

Bemerkt werde nur noch, daß der Schuldner nicht gezwungen ist, zur wechselseitigen Belangung des Cedenten die defensio des procurator in rem suam in Anspruch zu nehmen, sondern den Cedenten auch in Person verklagen darf; eine aus dem Grundsatze, daß Schuldner das Klagerecht des Gläubigers durch Verträge einseitig weder aufheben noch abändern können[81]), ohne Weiteres abzuleitende Folge, die überdies ausdrücklich anerkannt ist in dem Ausspruche Ulpians[82]):

Si actor (d. h. der Widerkläger) malit dominum potius convenire, quam eum, qui in rem suam procurator est: dicendum est, ei licere.

Wenden wir uns nun zu dem Rechte des direct im fremden Namen klagenden procurator in rem suam, gegen Widerklagen aus seiner eignen Person die Vertheidigung abzulehnen, so kann sich dieses Recht selbstverständlich nur auf Angriffe beziehen, welche der Beklagte in der umgekehrten Rolle des Klägers vor dem Gerichte der Vorklage als dem Gerichtstande der Widerklage gegen den procurator in rem suam zu richten versucht, da der Letztere natürlich vor jedem ohnedies zuständigen Gerichte auf alle gegen ihn angestellte Klagen sich ebenso einzulassen hat, als er sich einlassen müßte, wenn er gar nicht zum procurator i. r. s. wäre bestellt worden. Hinsichtlich der gegen die Person des procurator i. r. s. beim Gerichte der Vorklage als dem Gerichtstande der Widerklage angebrachten Widerklagen wird nun aber in den Rechtsbüchern bezeugt, daß sie vom procurator i. r. s. abgelehnt werden dürfen oder übernommen werden müssen, je nachdem sie angebracht sind, bevor oder nachdem der procurator i. r. s. in der Vorklage durch litiscontestatio dominus litis geworden ist. Das betreffende Zeugniß liegt in folgender nach einer anderen Richtung schon früher erläuterten Stelle Papinian's[83]):

In rem suam procurator datus post litiscontestationem si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur.

Denn daß Papinian eine vom procurator in rem suam direct Namens des Cedenten angestellte Vorklage voraussetzt, ist bereits ausgeführt worden, als das Bruchstück hinsichtlich der zum Zweck der Compensation gegen die Widerklage vorgeschützten Einrede erörtert wurde[84]); daß aber aus dieser Vorklage, bevor lis contestirt worden, dem Beklagten

---

81) l. 25 C. de pact. (2. 3). Basil. XI, 1 c. 86 (Heimb. I, p. 661 sq.). — — 82) l. 29 D. de procur. (3. 3). — — 83) l. 18 pr. D. de compens. (16. 2). S. Th. II, S. 21 ff. 151. — — 84) S. Th. II, S. 21 zu not. 50.

gegen die Person des procurator i. r. s. kein Widerklagerecht erwachsen sei, folgt aus der geflissentlichen Hervorhebung des Umstandes, daß der Beklagte bis nach der litiscontestatio mit Anbringung seiner Widerklage gewartet habe, wozu kein Grund vorhanden gewesen wäre, wenn der procurator i. r. s., schon ehe er durch die litiscontestatio Herr des Klagerechts geworden, auch für seine Person vor dem Namens des Cedenten angegangenen Gerichte vom beklagten Schuldner hätte belangt werden können; daß endlich die litiscontestatio auch die Person des procurator i. r. s. dem Gerichtstande der Widerklage unterworfen habe [85]) mit der wichtigen Folge, die in der Vorklage errungene actio judicati gegen den Beklagten nicht durchsetzen zu können, bevor nicht auch über dessen Widerklage erkannt worden [86]), ergiebt sich aus Papinian's Worten, wonach der procurator i. r. s. nach der litiscontestatio vom Beklagten vice mutua wirklich belangt worden ist, obgleich er vor der litiscontestatio nicht belangt werden konnte.

Das Recht des procurator in rem suam, vor der litiscontestatio in der Vorklage Widerklagen aus der eignen Person abzulehnen, steht also nicht minder fest, als die Pflicht des procurator i. r. s., vor der litiscontestatio in der Vorklage Widerklagen aus der Person des Cedenten zu übernehmen.

Fünftes Kapitel.

Heutiges Recht.

§. 17. Die vorstehenden Paragraphen haben außer dem Verhältniß des procurator in rem suam, welcher direct im fremden Namen klagt, auch das Verhältniß des stets ebenso klagenden procurator in rem alienam, so weit nöthig, dargestellt. Es ist namentlich gezeigt worden, wie dieses Verhältniß von jenem darin abweicht, daß der procurator in rem suam durch die litiscontestatio formell und materiell dominus litis wird, der procurator in rem alienam aber bloß formell in den Proceß eintritt, indem materiell das Eigenthum des Rechtsstreits durch fingirte Cession sofort wieder an den Principal zu-

---

85) l. 9 pr. D. de liberali causa (40. 12). — — 86) l. 1 §. 4 D. quae sentent. sine appell. (49. 8), l. 1 C. rer. amot. (5. 21), l. 6 C. de compens. (4. 31).

rückfällt [1]). Das Verhältniß des procurator in rem alienam ist nun im Wesentlichen noch heute unverändert, nur daß die Repräsentation des Herrn durch den Procurator vollständiger durchgeführt wird [2]). Das durch die delegirende Kraft der Einlassung bestimmte Verhältniß des procurator in rem suam hingegen kommt im heutigen Recht gar nicht mehr vor [3]). Freilich sind auch heute noch Fälle denkbar, in welchen der Gläubiger einen Anderen mit der gerichtlichen Einziehung seiner Forderung beauftragt und denselben zugleich anweiset, das Eingezogene demnächst als Zahlung, Darlehn &c. für sich zu behalten; allein dergleichen Fälle begründen doch keineswegs das römische Verhältniß des direct alieno nomine klagenden procurator in rem suam, sondern lediglich das Verhältniß eines procurator in rem alienam mit dem Hinzutritt einer gewöhnlichen Assignation [4]); denn gewiß wird der Procurator auch unter diesen Umständen durch die litiscontestatio nicht dergestalt Herr des Rechtsstreits, daß ihm die Proceßführung und die Befugniß zur Zahlungsempfangnahme durch den Tod und Widerruf des Principals nicht mehr entzogen werden könnte, daß er selbst anstatt des Principals Schiedseide zuzuschieben, anzunehmen und auszuschwören hätte, daß der Proceß nach seinem Tode auf seine Erben überginge und daß ohne Weiteres auch seine Erben zur Zahlungsempfangnahme legitimirt wären, daß der Procurator die streitige Forderung wider eine ihn selbst betreffende Forderung des Beklagten zur Compensation zu gebrauchen vermöchte, oder genöthigt wäre, das Gericht der Vorklage auch für die nach der litiscontestatio gegen seine Person gerichtete Widerklage als forum reconventionis anzuerkennen, und einem dem Principal fremden Beklagten wegen seiner Verwandtschaft mit demselben das beneficium competentiae zu gestatten, daß im Processe der von ihm vor der litiscontestatio begangene dolus vom Beklagten zu einer Einrede benutzt werden dürfte, daß er nicht umhin könnte, dem Mandanten gegenüber schon die in Folge des empfangenen Klagauftrags vollzogene Einlassung, und nicht erst den Empfang des Eingeklagten als Zahlung gelten zu lassen u. s. w. Ist dieses richtig, so folgt daraus, daß diejenigen, welche mit Mühlenbruch [5]) der Ansicht sind, es sei in Fällen dieser Art „das alte und ursprüngliche Cessionsverhältniß wieder eingeführt worden", insofern irren, als sie unter dem alten und ursprünglichen Cessionsverhältniß das vorhin dargestellte Verhältniß des direct alieno nomine klagenden

---

[1]) S. Th. II, §. 3. — — [2]) S. Bethm.-Hollw., Vers. S. 239 ff. — — [3]) S. Th. II, §. 39. Bethm.-Hollw., Vers. S. 242 ff. — — [4]) Seuffert, Arch. XIII, Nr. 141. Entscheid. des Tribun. zu Celle Bd. 6, S. 102. — — [5]) Cession §. 47, S. 499 ff. Heyse und Cropp, Abhandl. Th. II, S. 362.

procurator in rem suam verstehen. Nicht einmal die eigenthümlich modificirte Assigation des Preußischen Landrechts [6]) ist nach Analogie dieses Verhältnisses zu beurtheilen [7]).

Zweite Abtheilung.

Die utilis actio des Cessionars.

Erstes Kapitel.

Prätorische Singularsuccession in das Klagerecht des Cedenten als Grundlage der utilis actio des Cessionars.

§. 18. Die utilis actio des Cessionars ist gleich jeder utilis actio der älteren Zeit [1]) prätorischen Ursprungs, obschon sie später auch in kaiserlichen Rescripten Anerkennung gefunden hat [2]). Sie scheint vom Prätor derjenigen Klageart nachgebildet zu sein, welche vom Civilrechte [3]) für solche Privatleute eingeführt worden war, denen die Staatskasse Forderungen durch Verkauf [4]) oder Zoll- und Steuereinnahmen durch censorische Verpachtung überlassen hatte [5]). Diese Privatleute, Publicanen genannt [6]), galten auf Grund der staatlichen Ueberlassung sofort

---

[6]) Th. I, Tit. 16 §. 251—299. Th. II, Tit. 8 §. 1251. 1261—1304. — — [7]) Koch a. a. O. S. 225 ff.

[1]) Keller, Proc. §. 50, S. 205. §. 89 Nr. II, S. 385 ff. Mühlenbr., Cess. §. 15, S. 165 f. Muther, zur Lehre über röm. actio S. 137 ff. — — [2]) Basil. XXIV, 1 c. 5 fin. (Heimb. II, p. 21 sq.). Auch auf diese Klage bezieht sich also, was Aristo sagt: id, quod honoraria actione mihi debetur, si legetur mihi, legatum valere; quia civilis mihi datur actio pro honoraria. l. 28 pr. D. de legat. I (30). — — [3]) Gaj. IV, 28. Cic. in Verr. III, 11. — — [4]) Lex agraria seu Thoria c. 34. 35. . . . ne pecuniam, quae . . . populo, eive, qui eo nomine a populo mercabitur, debebitur. Lex Malacit. c. 64. 65. Cic. in Verr. II, 1 §. 54. Praedes vendere. Schlayer in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 21, S. 81 ff. Geppert in Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 3, S. 276 ff. — — [5]) Schilling, Institutt. Th. 3 §. 302 not. y. z. aa. bb. — — [6]) l. 1 §. 1, l. 12 §. 3, l. 13 pr. D. de publican. (39. 4), l. 16 D. de V. S. (50. 16).

als Singularsuccessoren der Staatskasse, indem sie wie selbstberechtigte Gläubiger der überwiesenen Schuldner mit einer sowohl in der intentio, als in der condemnatio auf ihren eignen Namen lautenden Klage versehen[7]) und dadurch befähigt waren, nicht bloß über ihre Forderungen durch Erlasse, Vergleiche, Compromisse[8]), Weiterüberlassung an Unterkäufer zu verfügen[9]), sondern überhaupt allen denjenigen Beschränkungen zu entgehen, welchen das bloße Recht zur Klagbetreibung in fremdem Namen stets unterworfen blieb.

Dieselben Beschränkungen wollte der Prätor dem Cessionar durch die demselben im eignen Namen verliehene utilis actio abnehmen.

Das Civilrecht verband nämlich mit dem mandatum agendi des procurator in rem suam nur die Befugniß zum directe agere alieno nomine oder die Erlaubniß, zu eignem Vortheil fremdes Recht einzuklagen. Die Hauptmängel dieses Rechtsverhältnisses bestanden darin, daß die Uebereignung des in dem fremden Klagerechte enthaltenen Vermögensstoffs nicht unmittelbar, sondern erst durch die mittelst der litiscontestatio des procurator sich vollziehende Umschaffung in ein anderes neues Klagerecht vor sich ging, und daß bis dahin nicht nur das alte Klagerecht den Einwirkungen des Cedenten ausgesetzt, den Einwirkungen des Cessionars verschlossen war, sondern auch der Auftrag zur processualischen Umwandlung des alten Klagrechts in ein anderes neues der Gefahr unterlag, durch Tod oder Widerruf des Cedenten, wie durch Tod des Cessionars aufgehoben zu werden. Um diese Mängel zu beseitigen und insofern das Civilrecht zu ergänzen (supplendi juris civilis gratia), mußte der Prätor durch das mandatum agendi eine feste und selbständige Befugniß zur Verfolgung des abgetretenen Klagerechts für den Cessionar entstehen lassen[10]), was wieder nur dadurch erreichbar war, daß dem Cessionar ein festes und selbständiges Recht an dem Klaganspruche des Cedenten eingeräumt wurde[11]). Das auf diese Weise an dem nach Civilrecht oder

---

[7]) Lex agrar. seu Thoria c. 4. 8. 11. 17. 40. 42. . . . populo aut publicano pecuniam, scripturam vectigalve dare debeto. . . . publicani sibi deberi darive oportere dicant. . . publicano dare oportet cett. Gaj. IV, 28. cf. Lex Jul. municip. cap. II, 33—50. Wieding, Justinian. Libellproc. S. 651 f. Rudorff in Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 10, S. 97 ff. S. 121 f. — — [8]) Testament. Dasumii. 12 (Bruns, fontes p. 95). — — [9]) Gromat. 116. 21. Mancipes, qui emerunt lege dicta jus vectigalis, ipsi per centurias locaverunt aut vendiderunt proximis quibusque possessoribus. (Bruns, fontes p. 140 not. 2.) — — [10]) cf. Schol. zu cap. 32. Basil. II, 2 (Heimb. I, p. 64): Nam qui dicit, vendo tibi actionem, ipsum quoque jus persecutionis videtur vendere et in id, quod interest, tenetur. — — [11]) S. Bähr in Jahrb. f. Dogmat. Bd. 1, S. 369 ff.

direct in der Person des Cedenten fortdauernden Klaganspruche nach prätorischer Bestimmung (utiliter) dem Cedenten genommene und dem Cessionar übertragene Recht bewirkt, daß der Inhalt des Klaganspruchs sachlich der vollen rechtlichen Herrschaft des Cessionars unterworfen wird, oder, mit anderen Worten, seinem ganzen Umfange und Inhalte nach in bonis des Cessionars zu sein anfängt[12]), indem an dem Klaganspruche in ähnlicher Art ein prätorisches Eigenthum entsteht[13]), wie an demselben durch Bestellung zu Pfand oder Nießbrauch ein prätorisches Pfand- oder Nießbrauchsrecht in's Leben getreten sein würde, oder ein Recht, vermöge dessen der Inhalt des Klaganspruchs nach prätorischer Bestimmung (utiliter) der beschränkten Herrschaft des Pfandgläubigers oder Nutznießers unterworfen wäre[14]). Die utilis actio befähigt demgemäß den Cessionar, kraft des durch Klagauftrag (wirklichen oder fingirten) am Klagerechte des Cedenten erworbenen prätorischen Eigenthums im eignen Namen den Cessus dahin zu belangen, daß ihm, dem Cessionar, für den Cedenten die schuldige Leistung, um dieselbe dem Cessionszwecke gemäß zu eignem Nutzen zu verwenden, abgeführt und im Fall der Nichtabführung sein Interesse ersetzt werde. Die Formel der utilis actio spricht diesen Gedanken in der Weise aus, daß der Kläger unter der wirklichen oder erdichteten Voraussetzung, von dem direct Klagberechtigten zum procurator in rem suam ernannt zu sein, wie wenn er selbst Herr der Klage wäre (dominus actionis), außer der condemnatio auch die intentio auf den eignen Namen richtete[15]) (utiliter agere suo nomine im Gegensatz des directe agere alieno nomine), mithin im Ganzen den cedirten Klaganspruch mit gleichem Erfolge geltend machte, als ob er selbst denselben begründet, z. B. selbst den Contract oder die Pfandübereinkunft, aus welcher geklagt wird, geschlossen hätte[16]). Das Rechtsverhältniß erscheint also nicht als eine Art von Delegation, so daß der Cessionar erst in der von ihm selbst durch processualische Novation an die Stelle des fremden Klagrechts gesetzten obligatio condemnari oportere Gläubiger geworden wäre; das Rechtsverhältniß erscheint vielmehr als eine Art von Succession, indem die der

---

[12]) l. 49 D. de V. S. (50. 16). — — [13]) S. Seuffert, Arch. XIII, 246 a. E. — — [14]) S. Th. I, S. 114 ff. 180 ff. — — [15]) S. Th. I, S. 6 ff. — — [16]) S. Th. I, S. 9 lit. c. Außerdem l. 1 §. 1 D. de litigios. (44. 6), wonach der im Proceß durch einen Procurator oder Tutor vertretene Reivindicant wegen des für ihn durch die litiscontestatio des Vertreters vermöge fingirter Cession begründeten utile judicium durch Veräußerung der streitigen Sache zu der dem Gegner wider den Erwerber zustehenden exceptio litigiosi in dasselbe Verhältniß treten soll: quasi cum ipso litigetur.

Forderung innewohnende Rechtssubstanz, soweit der Prätor über dieselbe Macht besitzt, von dem Cedenten sich ablöst und mit dem Cessionar sich verbindet und der Cessionar in dasselbe unverändert fortdauernde Klagerecht an der Stelle des Cedenten utiliter seiner Seits als Gläubiger einrückt[17]), deshalb auch nicht, wie beim directe agere alieno nomine, erst nach der litiscontestatio dominus litis genannt wird, sondern schon seit dem wirklichen oder fingirten Empfange des Klagauftrags domini loco habetur, *δεσπότου τάξιν ἐπέχει, κύριος τῆς δίκης πιστευόμενος*[18]).

Die römischen Juristen tragen nicht das mindeste Bedenken, trotz des Satzes, daß civilrechtlich non solet stipulatio semel quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem[19]), doch im honorarrechtlichen Sinne das Rechtsverhältniß geradezu als das, was es ist, nämlich als eine Succession des Cessionars in den vollen Inhalt des fremden Klagrechts aufzufassen und zu bezeichnen[20]), als einen Uebergang des Rechts vom Cedenten auf den Cessionar[21]), als eine Uebertragung der Forderung[22]), beruhend auf einer häufig auch bei anderen Gelegenheiten, z. B. im gegenseitigen Verhältniß des Erbschaftsfiduciars und Erbschaftsfideicommissars[23]) zur Anwendung gebrachten Einrichtung, wodurch das Recht zwar formell dem nach den Grundsätzen des Civilrechts ausschließlich Berechtigten gelassen, jedoch materiell, d. h. dem Inhalte nach, zu Genuß und Aus-

---

17) S. Th. I, S. 9 lit. b. Vergl. selbst Mühlenbr., Ceff. §. 54, S. 552, der freilich diesen Standpunkt nicht festhält. — — 18) l. 13 §. 1 D. de pact. (2. 14): si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur. S. Th. I, S. 8 f. lit. a. — — 19) l. 25 §. 2 D. de usufr. (7. 1). — — 20) l. 3 D. quae res pignori (20. 3), l. 2, l. 3, l. 4 C. de his, qui in prior. locum succedunt (8. 20), l. 12 §. 9 D. qui potior. (20. 4), l. 12 §. 13 D. de captiv. (49. 15). — l. 1 C. de his, qui in prior. loc. (8. 20), l. 12 §. 8, l. 16 D. qui potior. (20. 4), l. 5 pr. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 12 D. de reb. eor. qui (27. 9). S. Th. I, S. 329 ff. Basil. XXV, 4 c. 15 (Heimb. III, p. 78). S. Th. I, S. 235 not. 88. — — 21) l. 3 D. quae res pign. (20. 3), l. 7 §. 6 D. de reb. eor. qui (26. 7), l. 14 C. de fidejuss. (8. 41). S. Th. I, S. 329 f. l. 21 pr. D. de fidej. (46. 1). S. Th. I, S. 468 f. — — 22) l. 31 C. de jure dot. (5. 13): actiones per cessionem transferre. l. 27 D. de procur. (3. 3): actionem transferre. l. 35 §. 4 D. de contrah. emt. (18. 1): actiones transferre. l. 23 C. mand. (4. 35): debitum transferre. l. 2, l. 11 C. de fidejuss. (8. 41): jus pignorum transferre. l. un. C. etiam ob chirograph. (8. 27): in alium jus obligationis transtulisti. l. 3 C. de privil. fisci (7. 73): neque jus fisci in te transferri impetrasti. — cf. Symmach. epist. X, 52: actio in jus alterius transfertur. S. Th. I, S. 36 zu not. 9. — — 23) Gaj. II, 251. 253. 254. §. 3. 4 J. de fideic. her. (2. 23), Theophil. h. l., l. 44 §. 1, l. 68 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1).

übung durch die entsprechende, vom Prätor als wahr behandelte [24]) Rechtsdichtung einem Anderen verliehen wird, so daß in Folge dessen das ursprüngliche Rechtsverhältniß neben dem nachgebildeten ipso jure fortdauert, jedoch durch die der natürlichen Billigkeit gegen die Strenge des Civilrechts allenthalben Hülfe gewährende [25]) exceptio doli seine Wirksamkeit (utilitas) verliert [26]) und erst der zu seinen Gunsten geschehenen freiwilligen Aufgebung [27]) oder unfreiwilligen Entkräftung [28]) des nachgebildeten Rechtsverhältnisses bedarf, um — wenngleich mit Ausschluß jeder Rückwirkung, d. h. so, daß die Veränderungen, welche das nachgebildete Rechtsverhältniß inzwischen erlitten hat, anzuerkennen, auch der Inhaber des directen Rechtsverhältnisses mittelst doli exceptio genöthigt wird — den ursprünglichen Inhalt und die ursprüngliche Wirksamkeit zurückzuerlangen; denn obwohl z. B. die Stellung des Erbschaftsfiduciars und Erbschaftsfideicommissars von der Stellung des Cedenten und Cessionars sich dadurch unterscheidet, daß dort eine hereditas, hier bloß eine actio den Gegenstand der Uebertragung bildet [29]), so ist doch im Uebrigen das Verhältniß zwischen dem Fiduciar als heres mit directae actiones und dem Fideicommissar als loco heredis mit utiles actiones völlig ähnlich dem Verhältniß zwischen dem Cedenten als dominus mit der directa actio und dem Cessionar als loco domini mit der utilis actio. Daher bei Papinian die Zusammenstellung beider Rechtsverhältnisse [30]).

Eine prätorische Singularsuccession in den Inhalt der

---

24) Theophil. IV, 12 pr. — — 25) l. 1 §. 1 D. de exc. doli (44. 4). — — 26) Gaj. II, 120. l. 1 §. 4, l. 27 §. 7 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 1 §. 8 D. quando de pecul. (15. 2). Schol. 10 zu Basil. XVIII, 6 c. 1 §. 8 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 237). cf. l. 15 D. de bonor. poss. c. t. (37. 4), l. 3 §. 1 D. de pecun. const. (13. 5). — — 27) l. 44 §. 1 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), desiderat, concedere ei actiones usurarum et pensionum (sc. directas). — — 28) l. 96 §. 2 D. de solut. (46. 3), l. 55 pr., l. 70 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 8 §. 13 D. ad SCt. Vellej. (16. 1), l. 3 C. de sentent. pass. (48. 23), cf. l. 12 C. eod., l. 5 §. 7 D. de legat. praest. (37. 5). — — 29) Dieser Unterschied, der auch praktische Folgen hat, wird übersehen von Bähr, Jahrb. f. Dogm. Bd. 1, S. 382. — — 30) l. 17 D. de transact. (2. 15). S. Th. I, S. 15 zu not. 54. cf. l. 8 §. 1. 2 D. quib. mod. pign. (20. 6). Wie Ulpian (fr. XXVIII, 12) von den prätorischen Erben sagt: heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio Praetoris; ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur; so würde ich von den Cessionaren sagen: domini quidem non sunt, sed domini loco constituuntur beneficio Praetoris; ideoque si ipsi agant, fictitiis actionibus opus est, in quibus domini esse finguntur. cf. §. 4 J. de fideic. her. (2. 32), Theophil. ad h. l.

Forderung des Cedenten bildet hiernach das Wesen der dem Cessionar eingeräumten utilis actio, wie deren formula fictitia und alles dasjenige, was in Betreff dieser Formel an Quellenzeugnissen im ersten Theile beigebracht ist[31]), unverkennbar bestätigt, wie endlich selbst aus folgender, vom Edict de alienatione judicii mutandi causa facta handelnder Stelle hervorgehen dürfte:

Ulpianus lib. 13 ad Edictum[32]).

Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc Edicto teneatur: cum in hoc Edicto doli mali fiat mentio. Caeterum erit interdictum et per procuratores litigare, dominio in eos plerumque ex justa causa translato.

Da das von Ulpian commentirte Edict de alienatione judicii mutandi causa facta nach Vorjustinianeischem Rechte auch[33]), nach Justinianeischem Rechte nur diejenigen Veräußerungen betrifft, welche geschehen futuri judicii causa, non ejus quod jam sit[34]): so folgt, daß die translationes litis, von denen Ulpian spricht, vor der litiscontestatio nach altem Recht Statt gehabt haben können, nach neuem Recht Statt gehabt haben müssen, und der am Schlusse erwähnte Uebergang von dominium auf die procuratores nach altem Recht schwerlich, nach neuem Recht unmöglich der litiscontestatio zuzuschreiben ist. Da ferner die nach Vorjustinianeischem Recht mögliche Annahme, der klagende Procurator sei vom Principal durch mancipatio sub pacto fiduciae zum Eigenthümer des Streitgegenstandes bestellt worden[35]), nach Justinianeischem Recht nicht mehr statthaft ist, weil Sacheigenthum unter Lebenden nur noch durch traditio übertragen werden kann; da endlich theils die Basiliken lehren[36]): unter den Procuratoren, auf welche meist ex justa causa dominium übertragen werde, seien procuratores in rem suam zu verstehen, theils eine andere Stelle Ulpian's, wenigstens nach dem ihr im Justinianeischen

31) S. Th. 1, S. 6 ff. — — 32) l. 4 §. 3 D. de alienat. jud. m. c. (4. 7). — — 33) l. 16 D. de aqua et aqu. plur. arc. (39. 3), l. 3 §. 1, l. 4 §. 2 D. de alienat. jud. m. c. (4. 7). — — 34) l. 8 §. 1 D. de alien. jud. mut. c. (4. 7). — — 35) Cic. ad Attic. ep. XIII, 50. Boëth. ad Cic. Topic. 2. 10. Gaj. II, 59. 60. Isidor. orig. V, 25. Pauli sent. rec. V, 26 §. 4. cf. Sallust. Jugurth. c. 14. — — 36) Basil. X, 37 c 4 §. 3 (Heimb. I, p. 551): *ἐπεὶ κωλυθήσεταί τις καὶ διὰ τοῦ ὡς ἐν ἰδίῳ πράγματι ἐντολέως δικάζεσθαι* — alioquin prohibebitur et per quasi in rem suam procuratorem litigare. — Diese Worte widerlegen den auch sonst verwerflichen Vorschlag Bethm.-Hollw. (Versuche S. 156 ff.): statt dominio translato zu lesen: judicio translato.

Recht zukommenden Sinne, ausdrücklich bezeugt[37]): die ohne justa causa bestellten procuratores in rem suam, welche suo nomine in rem zu klagen begehren, unterliegen der Einrede aus dem Edict de alienatione judicii mutandi causa facta: so kann mit Grund wohl nicht bezweifelt werden, daß in obiger Stelle wenigstens nach Justinianeischem Recht das dominium, welches aus gerechter Ursache auf procuratores übergehen soll, das dominium actionis ist; mit anderen Worten, daß demjenigen dominium causae, welches der direct alieno nomine klagende procurator in rem suam durch die litiscontestatio erwirbt[38]), dasjenige dominium causae hat zur Seite gestellt werden sollen, welches dem utiliter suo nomine klagenden procurator in rem suam schon vor der litiscontestatio durch das mandatum agendi übertragen ist.

Die in neuerer Zeit so lebhaft besprochene Controverse über die Möglichkeit der Singularsuccession in Obligationsverhältnisse[39]) erledigt sich hiernach für das römische Recht dahin, daß das letztere allerdings in Klagerechte oder Forderungen diejenige prätorische Singularsuccession gekannt und anerkannt habe, welche im Nachstehenden näher beschrieben werden wird. Da in Folge dessen das Dasein der utilis actio die directa actio ope exceptionis entkräftet, nach wirthschaftlicher Ansicht aber die Entkräftung der Klage per exceptionem und das Zerfallen derselben ipso jure keinen Unterschied macht[40]), so läßt sich von diesem Standpunkte aus sagen: mit dem Augenblicke, in welchem der Cessionar die utilis actio erhält, hat der Cedent aufgehört, Gläubiger des Cessus[41]), und der Cessus aufgehört, Schuldner des Cedenten zu sein[42]), hingegen der Cessionar angefangen, Gläubiger des Cessus[43]), und der Cessus angefangen, Schuldner des Cessionars zu werden[44]). Dem praktischen Erfolge nach ist also ein Gläubigerwechsel eingetreten dergestalt, daß z. B. ein Zahlungsverzug des Schuldners nicht mehr im Verhältniß zum Cedenten, sondern nur noch im Ver-

---

[37]) l. 11 D. de alien. jud. m. c. (4. 7). S. Th. I, S. 25 f. S. 218. Th. II, §. 33. — — [38]) l. 7 C. Th. de cognitor. et procur. (2. 12). S. Th. II, S. 10 not. 34. — — [39]) Vergl. z. B. v. Vangerow, Lehrbuch. 6. Aufl. Bd. III, S. 114 ff. Kuntze, Obligat. und Singularsucc. S. 29 ff. S. 175. Inhaberpapiere S. 217 ff. und dagegen Delbrück, Uebernahme fremder Schulden S. 10 ff. Bähr a. a. O. S. 411 ff. Muther, zur Lehre über röm. actio S. 98 ff. — — [40]) l. 112 D. de reg. jur. (50. 17). — — [41]) l. 10, l. 55 D. de V. S. (50. 16), l. 13, l. 112 D. de reg. jur. (50. 17), l. 42 §. 1 D. de O. et A. (44. 7). — Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 324. — — [42]) l. 66 D. de reg. jur. (50. 17), l. 108 D. de V. S. (50. 16), cf. l. 20 §. 3 D. de liberal. causa (40. 12), l. 3 §. 1 D. de constit. pec. (13. 5). — — [43]) l. 55 D. de V. S. (50. 16). — Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 324. — — [44]) l. 108 D. de V. S. (50. 16).

hältniß zum Cessionar Statt findet und das nunmehr dem Cessionar Geschuldete in der Person des Cedenten zu einem indebitum geworden ist, welches im Fall desungeachtet dem Cedenten geleisteter Zahlung demselben mit der condictio indebiti wieder abgefordert werden kann [45]), wenngleich streng genommen — wie sich später zeigen wird — nur der natürliche Besitz dem Cedenten indebite geleistet ist, mithin auch nur der natürliche Besitz den Gegenstand der Rückforderung bildet [46]).

Zweites Kapitel.

Verhältniß zwischen der utilis actio des Cessionars und der directa actio des Cedenten.

Weil die utilis actio des Cessionars auf einer prätorischen Singularsuccession in den Inhalt der directa actio des Cedenten beruhet, §. 19.
so ist sie von den ferneren Schicksalen der directa actio des Cedenten ebenso unabhängig, als die auf einer prätorischen Universalsuccession ähnlicher Art beruhende utilis actio des Erbschaftsfideicommissars von denen der directa actio des Fiduciars [1]). Mag die directa actio des Cedenten auf welche Weise es immer sei, ipso jure oder ope exceptionis aufgehoben werden, die utilis actio des Cessionars wird dadurch an sich nicht berührt, sondern höchstens insofern, als der Cessus unter ihrem Fortbestande unverschuldet leiden würde, einer exceptio doli ausgesetzt [2]). Im Uebrigen ist der Cessus in der directa actio des Cedenten und der utilis actio des Cessionars zwei selbständigen Klagen unterworfen [3]), und vor doppelter Haftung nur dadurch ge-

---

45) l. 64 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 65 §. 9 und l. 26 §. 3. 7, l. 40 pr. D. de condict. indeb. (12. 6), fr. Vat. §. 266. — — 46) S. Th. II, §. 34. Mühlenbr., Ceff. §. 47, S. 492 u. Koch a. a. O. S. 163 statuiren eine condictio sine causa mit Beziehung auf l. 1 §. 2. 3 D. de condict. sine causa (12. 7).

1) l. 63 §. 2 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). Ueber dasselbe Verhältniß bei ähnlichen Klagen s. l. 19 D. de novat. (46. 2), l. 8 — l. 10, l. 18 §. 3, l. 30 D. de constit. pec. (13. 5), l. 28 D. de act. E. V. (19. 1), l. 71 §. 3 D. de condit. et demonstr. (35. 1), l. 1 §. 2 D. de stipul. serv. (45. 3). Bähr, Anerkennung S. 48 not. 2. — — 2) S. Th. II, S. 182 ff. — — 3) Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 16 pr. (Heimb. I, p. 585): *Πέπρακέ τις κληρονομίαν τινὶ καὶ . . . μετηνέχθησαν οὐτιλίως αἱ ἀγωγαὶ τῆς κληρονομίας*

sichert, daß er die directa actio des Cedenten durch doli exceptio zurückweisen darf und der Prätor demgemäß beim Zusammentreffen der utilis actio des Cessionars und der directa actio des Cedenten der ersteren den Vorzug einräumt [4]).

Die exceptio doli greift Platz, sobald die utilis actio des Cessionars entschieden entstanden ist, und behauptet ihre Wirksamkeit, solange die utilis actio des Cessionars nicht zu Gunsten der directa actio des Cedenten entweder freiwillig aufgegeben oder unfreiwillig entkräftet wird; denn wie gewiß auch der entfernter berechtigte Gläubiger dolos handelt, wenn er dem nur zu einmaliger Leistung verpflichteten Schuldner dasjenige abfordert, was dem näher berechtigten Gläubiger gebührt und demselben auf Verlangen selbst dann noch vom Schuldner abgeführt werden muß, wenn es vorher schon dem entfernter berechtigten Gläubiger entrichtet worden ist [5]): ebenso gewiß ist der entfernter berechtigte Gläubiger von dolus frei, wenn er dem verpflichteten Schuldner eine Leistung abverlangt, die zu seinen Gunsten der näher berechtigte Gläubiger entweder nicht fordern will, oder nicht fordern soll und kann.

Den näheren Beweis dieser Sätze beginnen wir mit einem Bruchstücke Ulpian's unter der wiederholten Bemerkung, daß die durch wirkliche und die durch fingirte Cession gestützte utilis actio hier wie allenthalben eine der anderen gleichsteht.

Ulpianus lib. 1 Disputationum [6]).

Si procurator meus judicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti judicati actio mihi indulgetur. Sed et si egit procurator meus ex ea stipulatione me invito, nihilominus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur, quae res facit, ut procurator meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli, sicuti cum agit

---

ἐπὶ τὸν ἀγοραστήν. . . . Μετὰ ταῦτα ὁ πράτης, ὡς ἔχων ἔτι τὸ ἀσώματον καὶ διὰ τοῦτο τὰς διρέκτους, ἦκε κινῶν κατὰ τοῦ δεβίτορος νερεδιταρίου. . . Vendidit quis alicui hereditatem et . . . actiones hereditariae utiliter in emtorem translatae sunt. . . . Postea venditor, utpote jus hereditarium ideoque directas actiones habens, contra debitorem hereditarium egit. . . . — — [4]) Schol. 4 zu Basil. XI, 1 c. 7. §. 17. 18 (Heimb. I, p. 576): Προτιμᾶται δὲ τῆς ἀκριβείας τὸ δίκαιον. Stricto juri vero aequitas praefertur. — — [5]) l. 31 §. 1 D. depos. (16. 3). — — [6]) l. 28 pr. D. de procur. (3. 3). Becker (processf. Consumt. S. 163 ff.) ist durch irrige Ansichten über die Natur der utilis actio behindert, zum richtigen Verständniß dieser Stelle zu gelangen. Aehnlich Krüger (proc. Consumt. S. 92 not. 1).

judicati non in rem suam datus, nec ad eam rem procurator factus.

Wie nach einem schon früher abgedruckten Bruchstücke des Paulus [7]) die dem Proceßprocurator geleistete Zahlung dem aus der litiscontestatio und res judicata des Procurator utiliter im eignen Namen klagberechtigten Principal nicht schaden soll, obwohl die directa actio des Procurator dadurch aufgehoben sein muß; so soll nach Ulpian die dem Proceßprocurator aus seiner Proceßführung und stipulatio judicatum solvi direct erworbene und durch fingirte Cession als utilis actio auf den Principal übergegangene actio judicati und actio ex stipulatu vom Principal geltend gemacht werden dürfen, wenngleich der Procurator vorher mit der directa actio geklagt hat. Die utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars wird also nicht gefährdet weder durch die processualische Consumtion der directa actio des Cedenten oder Quasicedenten [8]), oder den unglücklichen Ausgang des erst nach der Cession oder Quasicession vom Cedenten oder Quasicedenten ohne Wissen und Willen des Cessionars oder Quasicessionars über das abgetretene Recht gegen den Schuldner angefangenen Processes [9]), noch durch die dem Cedenten oder Quasicedenten geleistete solutio oder satisfactio, noch endlich — wie aus anderen Stellen hervorgeht [10]) — dadurch, daß die directa actio des Cedenten oder Quasicedenten durch den erblosen Tod desselben oder durch Confusion mit der Schuld des Cessus oder selbst durch eine erst nach der Cession oder Quasicession vollendete Verjährung [11]) erloschen ist.

Damit es aber dem Schuldner keinen Nachtheil bringe, neben der directa actio des Cedenten oder Quasicedenten noch einer davon un-

---

7) l. 86 D. de solut. (46. 3), cf. l. 13 pr. D. de pact. (2. 14). S. Th. II, S. 20. — — 8) Dasselbe scheint Gaj. IV, 55 anzudeuten, indem er die Regel: si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, durch das Beispiel erläutert: si cognitor aut procurator intenderit, sibi dari oportere; denn schwerlich hat Gajus dabei etwas anderes gedacht, als daß der cognitor oder procurator, welcher etwa aus seiner res judicata, stipulatio judicatum solvi, seinem Eide oder constitutum [l. 39 §. 1 D. de procur. (3. 3)] direct im eignen Namen geklagt habe, durch processualische Consumtion nicht verhindert werde, aus demselben Geschäfte die vorher durch wirkliche oder fingirte Cession auf den dominus übergegangene utilis actio in dessen Namen als cognitor procuratorve ad eam rem factus anzustellen. — — 9) S. Glück Bd. 16, S. 418 not. 83. — — 10) l. 1 C. de O. et A. (4. 10). S. Th. II, S. 52. l. 20 D. de her. vel act. (18. 4), l. 63 D. de reiv. (6. 1). S. Th. II, §. 33 und 35. — — 11) S. Th. II, §. 37. A. M. ist Mühlenbr., Ceff. S. 218. S. 600 f. S. aber dagegen Olea tit. VI. Qu. XI. nr. 15 sqq.

abhängigen utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars unterworfen zu sein, so ist ihm nach Ulpian's und anderer Rechtslehrer weiterem Zeugnisse gestattet, die directa actio des Cedenten oder Quasicedenten durch eine exceptio doli abzulehnen [12]), rücksichtlich deren die directa actio in einer anderen Stelle bezeichnet wird als actio penitus tollenda [13]), d. h. als eine im Fall der Liquidität der exceptio doli vom Prätor ohne Weiteres zu versagende [14]). Aus diesem Begriffe folgt von selbst, was Ulpian in einem zweiten schon mehrfach benutzten Bruchstücke [15]) bekräftigt, daß, so oft der Cedent oder Quasicedent in dem Versuche, den Schuldner zu verklagen oder von demselben außergerichtlich die Schuld einzuziehen, mit dem Cessionar oder Quasicessionar zusammentrifft, der utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars vor der directa actio des Cedenten oder Quasicedenten der Vorrang gebührt, da Jeder, welcher im eignen Namen utiles actiones hat, dieselben durchzuführen im Stande ist, ohne durch fremde directae actiones behindert zu werden [16]).

Die directa actio des Cedenten oder Quasicedenten bedarf also erst der zu ihren Gunsten mit oder ohne Willen des Cessionars oder Quasicessionars geschehenen Entkräftung der utilis actio, um die alte Wirksamkeit zurückzuerlangen. Ich sage mit Nachdruck: der zu ihren Gunsten geschehenen Entkräftung, weil der zu Gunsten des Schuldners erfolgte Zerfall der utilis actio die Unwirksamkeit der directa actio nicht zu heilen vermag. Dieses hervorzuheben, wird Ulpian in nachstehender Stelle bezweckt haben:

Ulpianus lib. 4 ad Edictum [17]).

Si cum emtore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat: doli exceptio nocet. Nam ex quo rescriptum

---

[12]) l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. Th. I, S. 258 f. l. 40 D. sol. matrim. (24. 3). S. Th. I, S. 410. 414 ff. l. 16 pr. D. de pact. (2. 14). S. not. 17. — — [13]) l. 27 §. 1 D. de procur. (3. 3). Ebenso heißt es in l. 15 D. de distr. pign. (8. 28) von der directa actio: non competit. S. Th. 1, S. 231 not. 65. -- Eine unbefriedigende Erklärung giebt Mühlenbr., Ceff. §. 51, S. 513. -- — [14]) l. 9 pr. D. de jurejur. (12. 2) in Verbindung mit l. 22 D. de constit. pec. (13. 5) . . . deneganda est tibi pecuniae constitutae actio. S. Th. 1, S 467 f. — cf. l. 5 C. de condict. ob turp. caus (4. 7) in Verbindung mit l. 8 D. eod. (12. 5), l. 134 pr. D. de V. O. (45. 1). — — [15]) l. 55 D. de procur. (3. 3). S. Th. 1, S. 17. Th. 2, S 63. — — [16]) Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 16. Interpr. Basil. VIII, 2 c. 27 §. 1 (Heimb. I, p. 585. 364 sq.). cf. l. 31 §. 1 D. depos. (16. 3). — — [17]) l. 16 pr. D. de pact. (2. 14). S. Th. I, S. 196 ff. Th. II, S. 111. Weniger zutreffende Erklärungen bei Mühlenbruch, Ceff. S. 75 f. S. 188 not. 355. Bähr in Jahrb. f. Dogm. Th. 1, S. 383. Windscheid, actio S. 142 f.

est a divo Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

Denn so erklärlich es ist, daß Ulpian im zweiten Satze seines Bruchstücks auf Grund der allgemeinen Regel, wonach jeder Schuldner wegen der utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars gegen die directa actio des Cedenten oder Quasicedenten durch eine exceptio doli geschützt ist, dem Erbschaftsschuldner gegen den Erbschaftsverkäufer eine doli exceptio zuschreibt, seitdem oder — nach der Basiliken-scholie [18]) — weil der Erbschaftskäufer durch ein Rescript Antonin's des Frommen mittelst fingirter Cession utiles actiones erhalten habe, so befremdend erscheint Anfangs, daß Ulpian diese Wahrheit zugleich als Grund anführt, um im ersten Satze den Ausspruch thun zu können: der directa actio des Erbschaftsverkäufers stehe auch dann eine exceptio doli entgegen, wenn der Erbschaftsschuldner mit dem Erbschaftskäufer ein pactum de non petendo geschlossen habe. Erst unter der Voraussetzung wird die befremdende Verbindung verständlich, wenn man Ulpian die Absicht unterlegt, den Zweifel, ob nicht nach des Quasicessionars Verzicht auf die utilis actio die directa actio des Quasicedenten exceptionsfrei geworden sei, durch den Hinweis zu beseitigen, daß der Verzicht des Quasicessionars nicht dem Quasicedenten, sondern dem Quasicessus habe zu Gute kommen sollen, folglich dem Quasicedenten keinen Grund gebe, die exceptio doli für beseitigt zu erachten.

Zu Gunsten der directa actio verliert die utilis actio ihre Wirksamkeit

A. mit dem Willen des Cessionars oder Quasicessionars, wenn die Letzteren mit Rücksicht auf die fremde directa actio die eigne utilis actio aufgeben. Ein solches Aufgeben liegt schon in jeder mit dem Willen des Cessionars oder Quasicessionars vom Cedenten oder Quasicedenten in Person oder durch Vertreter unternommenen gerichtlichen oder außergerichtlichen Verwirklichung der directa actio [19]); sonst würde Ulpian in dem zuerst abgedruckten Bruchstücke seiner Disputationen das Recht des Quasicessionars, der vom Quasicedenten durchgeführten directa actio ungeachtet die utilis actio zu erheben, nicht ausdrücklich an die Voraussetzung geknüpft haben, daß die directa actio wider

---

[18]) Schol. des Cyrill. unter 1 zu Basil. XI, 1 c. 16 pr. (Heimb. I, p. 585). — — [19]) cf. Seuffert, Arch. I, Nr. 116 a. E. V, Nr. 151. VII, Nr. 32.

Willen des Quasicessionars (me invito) durchgeführt worden sei[20]).

Einzelne Anwendungen dieser Regel sind es, daß

1. der Vormund, welcher das Geld des Mündels ausgeliehen und dessen Rückzahlung im eignen Namen stipulirt hat, wenn der mündig gewordene Mündel erklärt, von der ihm durch fingirte Cession zu Theil gewordenen utilis ex stipulatu actio abgehen zu wollen, unbehindert seine directe Stipulationsklage durchführen darf, ita ut perinde esset, ac si tutor sibi negotium gessisset[21]); daß

2. derselbe Vormund, welcher durch ein für den Mündel abgeschlossenes Geschäft sich selbst directae und dem Mündel utiles actiones erworben hat, später im Interesse des Mündels nicht bloß die utiles actiones des Mündels in dessen Namen, sondern auch die eignen directae actiones im eignen Namen anstellen kann, indem er zu diesem Ende für den Mündel dessen utiles actiones aufgiebt[22]); daß ferner statt der utilis actio die directa actio zulässig sein soll, wenn

3. der Pfandkäufer, welcher mit dem Pfandkaufe die Pfandklage des verkaufenden Pfandgläubigers durch fingirte Cession als utilis actio erlangt, dem Vorbehalte des Pfandgläubigers, die directa actio bis zum Empfange des Kaufpreises gebrauchen zu dürfen, seine Zustimmung ertheilt[23]), oder heimlicher Mängel der erkauften Sache oder anderer Gründe halber den Kauf und mit dieser causa cessionis auch die Wirkungen der fingirt cedirten Schuld- und Pfandklage rückgängig macht[24]), oder wegen Eviction des Kaufgegenstandes vom verkaufenden Pfandgläubiger Entschädigung empfängt und dafür die früher erhaltenen utiles actiones zu Gunsten des Pfandgläubigers fallen läßt[25]); wenn

4. der Pfandgläubiger, welcher den zur Ausübung des jus offer. et succed. einem anderen Pfandgläubiger vergeblich angebotenen und sodann gerichtlich hinterlegten Pfandschilling aus dem Depot zurücknimmt und damit die durch die Hinterlegung mittelst fingirter Cession des anderen Pfandgläubigers erworbenen utiles actiones zu Gunsten

---

20) cf. l. 39 fin. D. de neg. gest. (3. 5) . . quod autem alicui debetur, alius sine voluntate ejus non potest exigere. — — 21) l. 16 D. de adm. et per. tut. (26. 7). S. Th. 1, S. 378 f. cf. l. 7 §. 6, l. 46 §. 2 D. eod. — — 22) l. 1 §. 4 D. de adm. et per. tut. (26. 7). S. Th. 1, S. 400 zu not. 26. — — 23) l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. Th. 1, S. 258 f. — — 24) l. 10 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 26 D. de solut. (46. 3). S. Th. 1, S. 256. — — 25) l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 23 D. de pignor. act. (13. 7), l. 59 §. 4 D. mand. (17. 1). S. Th. 1, S. 257.

der ebendaher sofort wieder exceptionsfrei werdenden directae actione des anderen Pfandgläubigers aufgiebt[26]); wenn

5. der Käufer einer Stipulationsforderung an den Verkäufer die Aufforderung richtet, die directa actio durch acceptilatio aufzuheben[27]); oder

6. der Cessionar oder Quasicessionar den Cedenten oder Quasicedenten, oder umgekehrt dieser jenen beerbt und nun mit Beiseitlassung der utilis actio die directa actio anstellt[28]); oder

7. der Quasicessionar, welcher sich vom Quasicedenten zu seinem fingirten Mandate ein wirkliches Mandat hat geben lassen, seine auf dem fingirten Mandate beruhende utilis actio unterdrückt und statt dessen auf Grund des wirklichen Mandats die nun exceptionsfrei gewordene directa actio des Cedenten in dessen Namen anhängig macht[29]), z. B. nach einem Rescript des Kaisers Alexander als Erbschaftskäufer statt der ohne Weiteres im eignen Namen erlangten utiles actiones nach Empfang eines wirklichen Mandats direct in des Verkäufers Namen dessen ipso jure nie unterbrochen gewesenes Recht mittelst Unterdrückung seiner utiles actiones auch sonder Einreden zur Geltung bringt[30]); oder endlich

8. — wiewohl dieser Fall nicht ohne Rückwirkung eintritt und daher genau genommen mehr ein gehindertes Entstehen, als ein Wiedervergehen der utilis actio ausdrückt[31]) — wenn der wirkliche Cessionar, welcher auf Grund seines mandatum agendi sowohl utiliter im eignen, als direct im fremden Namen klagen kann, mit Hintansetzung der eignen utilis actio die directa actio des Cedenten in dessen Namen zu erheben vorzieht.

Ein interessantes Beispiel theils der unter Nr. 7, theils der unter Nr. 8 erwähnten Art erörtert folgende Stelle:

Paulus lib. 5 Quaestionum[32]).

Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet: ejus quoque, quod postea venditor accepit; nam beneficium venditoris prodest emtori.

---

[26]) l. 1 C. qui potior. (8. 18). S. Th. 1, S. 309 f. — — [27]) l. 19 D. de her. vel act. (18. 4). S. Th. 2, §. 34. cf. l. 10 §. 6 D. mand. (17. 1). — — [28]) l. 8 C. ad exhib. (3. 42), l. 40 D. sol. matr. (24. 3). S. Th. 1, S. 414 f. 439 f. — — [29]) S. Th. 2, S. 2 not. 9. — — [30]) l. 5 C. de her. vel act. (4. 39). S. Th. 2, S. 129 ff. 137. — — [31]) S. Th. 2, §. 20 ff. — — [32]) l. 6 D. de her. vel act. (18. 4).

Der Käufer einer Forderung erhält zugleich Anspruch auf die Nebenklagen[33], namentlich auf die der geklagten Darlehnsforderung zur Sicherung hinzugesellte Pfandklage, darf daher nicht bloß die wirkliche Cession beider Klagen verlangen, um beide nach Gefallen direct im Namen des Cedenten oder utiliter im eignen Namen anstellen zu können, sondern darf auch beide Klagen auf Grund des Kaufs gleich ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, als utiles actiones im eignen Namen geltend machen. Der auf fingirter Cession beruhende Erwerb von utiles actiones beschränkt sich indeß begreiflich auf die schon zur Zeit des Verkaufs in der Person des Verkäufers vorhanden gewesenen Klagen, schließt also diejenige Pfandklage aus, welche der Verkäufer nicht schon vor dem Verkaufe begründet hat, sondern erst nach dem Verkaufe begründet. Damit der Käufer auch dieser Klage theilhaftig werde, bedarf er späterer wirklicher Cession derselben, kann aber auf Ertheilung dieser Cession ex emto klagen, weil jedem Käufer mit dem incommodum oder periculum[34] auch das nach dem Verkaufe zum verkauften Gegenstande aus ihm selbst oder von Außen hinzugekommene commodum oder beneficium zufällt[35], und die neu begründete Pfandklage in der That zu dem commodum oder beneficium der verkauften Darlehnsforderung gehört.

Das alles erklärt sich leicht. Schwerer zu beantworten ist die Frage, wie der Verkäufer für die Darlehnsforderung, welche er mit dem Verkaufe als utilis actio dem Käufer übertragen hat, deßungeachtet noch eine cessionswerthe Pfandklage zu begründen im Stande ist?

Um hier nicht irre zu werden, ist zu beachten, daß der Verkäufer auch nach dem Verkaufe eine directa actio behalten hat, welche nur wegen der dem Käufer durch wirkliche oder fingirte Cession übertragenen utilis actio ope exceptionis unwirksam ist. Der Verkäufer ist daher an sich nicht behindert, auch nach dem Verkaufe für seine directe Darlehnsforderung eine Pfandklage zu begründen, wenngleich die letztere als Zubehör einer ope exceptionis unwirksamen Hauptforderung an gleicher Unwirksamkeit leidet[36]. Ist es nun richtig, daß

---

[33]) S. Th. 1, §. 6. S. 26 ff. — — [34]) cf. l. 4 D. de her. vel act. (18. 4), l. 30 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 31 pr. D. de act. E. V. (19. 1), l. 96 §. 2 D. de solut. (46. 3), l. 1 C. de evict. (8. 45). — — [35]) l. 1 C. de peric. et com. (4. 48), l. 11 §. 9 D. quod vi aut cl. (43. 24), §. 3 J. de emt. vendit. (3. 24), l. 7 D. de peric. et com. (18. 4), l. 13 §. 13. 18 D. de act. E. V. (19. 1), l. 21 D. de her. vel act. (18. 4) . . quemadmodum fundi venditor cett. l. 31 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1), l. 4 §. 4 D. de in diem addict. (18. 2). — — [36]) l. 2 D. quae res pign. (20. 3), l. 43 D. de solut. (46. 3), l. 1 C. de non num. pec. (4. 30), l. 1, l. 2 C. de pign. conv. (8. 33), l. 32 D. de fidej. (46. 1).

diese Unwirksamkeit nur so lange dauert, als nicht zu Gunsten beider directae actiones die utile Darlehnsklage in der Hand des Käufers unwirksam geworden ist, so darf der Käufer nur auf seine utile Darlehnsklage zu Gunsten der directae actiones des Verkäufers verzichten, um den letzteren volle Wirksamkeit zu verschaffen. Dieser Verzicht wird stillschweigend erklärt, sobald der Käufer den Verkäufer um die wirkliche Cession der ihm nach der fingirten Cession als directa actio verbliebenen Darlehnsklage und der später hinzugekommenen Pfandklage angeht; denn der Käufer giebt damit seine Absicht kund, hinfort die spätere wirkliche Cession zu benutzen, um mit Beiseitlassung seiner auf der früheren fingirten Cession beruhenden utilen Darlehnsklage die einredefrei gewordenen actiones des Cedenten entweder als fortwährend zu dessen Vermögen gehörende Klagen direct in dessen Namen, oder wenigstens als erst durch die spätere wirkliche Cession in des Cessionars Vermögen übergegangene Ansprüche utiliter im eignen Namen durchzuführen. Paulus hat daher ohne Zweifel den Worten: nam beneficium venditoris prodest emtori, nebenher den Sinn beilegen wollen, daß das nach dem Verkaufe entstandene Pfandrecht dem Käufer Nutzen bringe, obgleich es dem Verkäufer wegen der seinen directae actiones entgegenstehenden doli exceptio keinen Nutzen gebracht haben würde.

Diese Beispiele werden hinreichen, um unsere oben aufgestellte Regel vollends klar zu machen, weshalb nur noch einige Bemerkungen beizufügen sind.

Erstens die, daß der Cessionar oder Quasicessionar, um als zustimmend zu gelten, nur zu wissen braucht, daß der Cedent oder Quasicedent seine directa actio verwirklicht. Da nämlich der Cessionar oder Quasicessionar vermöge des seiner utilis actio gebührenden Vorrangs im Stande ist, den Cedenten oder Quasicedenten an der Verwirklichung der directa actio zu hindern[37], so wird sein geflissentliches Unterlassen der Hinderung als Einwilligung angesehen[38]. Läßt z. B. der mit der reivindicatio durch Cession beschenkte Soldat zur Vermeidung der Einrede aus dem Edict de alienatione judicii mutandi causa facta den Cedenten mit der directa actio klagen, statt selbst mit der utilis actio aufzutreten, so darf er zwar nicht fürchten, daß dem Cedenten die doli exceptio schade[39], muß ebendafür aber auch die dem Cedenten im Proceß etwa bevorstehende Nie-

---

37) l. 55 D. de procur. (3. 3). Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 16. Interpr. Basil. VIII, 2 c. 27 §. 1 (Heimb. I, p. 585. 364 sq.). — — 38) l. 3, l. 60 D. de reg. jur. (50. 17), l. 1 §. 3 D. de tribut. act. (14. 4), l. 16 §. 4 D. de liber. causa (40. 12). — — 39) l. 11 D. de alien. judic. mut. c. (4. 7.)

derlage hinsichtlich seiner utilis actio anerkennen nach der Regel: scientibus sententia obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur [40]).

Zweitens hat derjenige Cedent oder Quasicedent, welcher auf Grund eines vom Cessionar oder Quasicessionar erhaltenen Auftrags auf Rechnung des Cessionars oder Quasicessionars die directa actio anstellen will, wegen der möglichen Gefahr, daß der Auftrag nicht ertheilt oder vor der litiscontestatio zurückgenommen oder durch den Tod des Mandanten erloschen sei, dem Gegner cautio de rato zu leisten, wie Ulpian dieses hinsichtlich des Proceßprocurator, welcher auf Grund angeblichen Auftrags des utiliter berechtigten Principals die aus seinem Eide oder Constitutum erwachsene directa actio zum Besten desselben anzustellen begehrt, ausdrücklich bestätigt [41]).

Drittens. Derjenige Cedent oder Quasicedent, welcher durch den Klagverzicht des Cessionars oder Quasicessionars zur exceptionsfreien Durchführung der directa actio befähigt worden ist, wird mittelst einer exceptio doli (praesentis) genöthigt, alle diejenigen Veränderungen, welche das Klagerecht als utilis actio in der Person des Cessionars oder Quasicessionars inzwischen erlitten hat, ebenso anzuerkennen, wie wenn von denselben das Klagerecht als directa actio in seiner Person wäre betroffen worden [42]). So berechtigt das mit dem Cessionar oder Quasicessionar rücksichtlich der utilis actio abgeschlossene pactum de non petendo den Schuldner unter allen Umständen, der directa actio des Cedenten oder Quasicedenten eine exceptio doli entgegenzusetzen [43]). Ebenso schadet selbst eine der utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars aus dessen eigner Person entgegenstehende exceptio doli (praeteriti) dem später durch den Klagverzicht des Cessionars oder Quasicessionars zur ungehemmten Ausübung der directa actio zurückgelangten Cedenten oder Quasicedenten, mag dieser an dem dolus des Cessionars oder Quasicessionars Antheil genommen haben oder nicht. Der Cessionar oder Quasicessionar hätte sonst Gelegenheit, auf Unkosten des betrogenen Schuldners indirect von seinem dolus Nutzen zu ziehen, was jedenfalls verhindert werden muß [44]). Es heißt demgemäß bei

---

[40]) l. 63 D. de re judic. (42. 1). Maren, accessor. Intervention S. 47 ff. — — [41]) l. 39 §. 1 D. de procur. (3. 3). S. Th. II, §. 26. — — [42]) Mühlenbr., Cess. §. 61. S. 602. Anders beim pignus nominis. S. Th. 1, S. 139. Buchka, de pignore nominis p. 39 sq. — — [43]) l. 8 §. 2 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 16 pr. D. de pact. (2. 14). S. Th. II, S. 110 ff. — — [44]) arg. l. 29 D. de doli exc. (44. 4).

Paulus lib. 51 ad Edicium [45]).

In servo et in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero emi, sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit: et non competet ei actio.

In Frage steht die in factum actio des Käufers auf das Doppelte des Kaufpreises [46]) gegen denjenigen Freien, welcher sich wissentlich fälschlich als Sklav hat verkaufen lassen und deßungeachtet, weil er nicht Gewinns halber am Kaufpreise Theil nahm, jeder Zeit seine Freiheit geltend zu machen im Stande ist [47]). Gegen diese in factum actio kam dem Beklagten die exceptio doli zu, wenn der Käufer um die Freiheit des als Sklav verkauften Menschen gewußt hatte [48]). Wie aber, wenn der Käufer nicht in Person, sondern durch einen gutgläubigen Vertreter den Handel geschlossen hatte? In diesem Falle war für ihn durch die Vertretung eines Sklaven direct, durch die Vertretung eines freien Mannes mittelst fingirter Cession utiliter [49]) die actio in factum begründet; seine Klage unterlag aber in der letzteren Voraussetzung nicht weniger, als in der ersteren einer aus seiner Person entlehnten exceptio doli praeteriti, wenn ihm die Freiheit des auf seine Anweisung als Sklav gekauften Menschen bekannt gewesen war [50]). Der wissende Vertretene durfte also vom guten Glauben des Vertreters keinen Gewinn hoffen, wie namentlich die Basiliken bezeugen, indem sie die Worte des Paulus dahin wiedergeben [51]):

Εἰ δὲ δοῦλος ἢ ἐξωτικὸς ῥητον ἐπιτραπεὶς παρ' ἐμοῦ πρόςωπον ἠγόρασέ μοι γινώσκοντι ἐλεύθερον εἶναι, κἂν ἐκεῖνος ἠγνόει, οὐκ ἔχω ἀγωγήν.

Daß der Vertretene diesen Nachtheilen der eignen Arglist auf keine Weise entgehen konnte, wenn der Vertreter ein jedes eignen Klagrechts unfähiger Sklav war, liegt auf der Hand. Zweifelhafter wird die Sache, so oft ein freier, selbständiger Mandatar den Handel für den

---

45) l. 17 D. de liberali causa (40. 12). — — 46) l. 18 §. 1, l. 20 pr. D. de liberali causa (40. 12). — — 47) l. 1 pr. D. quib. ad libert. procl. (40. 13), l. 1 C. eod. (7. 18), l. 5 C. de liberali causa (7. 16), l. 14 §. 1, l. 23 pr. §. 1 D. eod. — — 48) l. 16 §. 2, l. 22 §. 3 D. de liberal. caus. (40. 12), cf. l. 7 §. 2, l. 33 D. eod., l. 4 D. quib. ad libert. proclam. (40. 13). — — 49) l. 16 §. 3, l. 22 §. 1. 5 D. de liberal. caus. (40. 12). S. Th. 1, S. 422. — — 50) l. 16 §. 4 D. de liberal. caus. (40. 12). — — 51) Basil. XLVIII, 8 c. 16 (Heimb. IV, p. 727): Si autem servus vel extraneus, cui id a me mandatum erat, certum hominem mihi scienti liberum esse, emerit, licet ille ignoraret, actionem non habeo.

Vertretenen abgeschlossen und durch seinen guten Glauben allerdings in eigner Person eine directa in factum actio begründet hat, die an sich der exceptio doli nicht unterworfen, vielmehr rein von dieser exceptio als utilis actio auf den Vertretenen übergegangen ist. Sollte nicht unter diesen Umständen der Wegfall der utilis actio des Vertretenen ausreichen, um der directa actio die ursprüngliche Wirksamkeit zurückzugeben? Sollte also nicht der Vertretene die Folgen der eignen Arglist dadurch vermeiden können, daß er, statt selbst utiliter zu klagen, den gutgläubigen Vertreter direct klagen ließe? Paulus antwortet verneinend. Immer soll im Erfolge dasselbe herauskommen (idem sit), wie wenn der Vertretene den Handel durch einen Sklaven hat abschließen lassen. Der Vertreter soll kein durchführbares Klagrecht haben (et non competet ei actio), weil der freie und unabhängige Vertreter seine ursprünglich exceptionsfreie directa actio sofort durch fingirte Cession an den arglistigen Vertretenen verloren hat und deshalb erst den Verzicht des Vertretenen auf seine utilis actio erwarten muß, um die sonst wegen der fingirten Cession durch doli exceptio gehemmte directa actio überhaupt anstellen zu können, die directa actio aber ihren durch fingirte Cession an die utilis actio abgegebenen Inhalt nur insoweit zurückzuempfangen vermag, als derselbe in der utilis actio inzwischen unversehrt bewahrt ist und deßungeachtet zu Gunsten der directa actio unverwirklicht bleiben soll; mit anderen Worten, weil unmöglich die einmal ganz oder zum Theil ihres Inhalts entleerte directa actio durch Nichtausübung der utilis actio mit dem alten Inhalte wieder erfüllt werden kann, wenn dieser inzwischen in der utilis actio zu Gunsten des Schuldners ganz oder zum Theil untergegangen ist und ebendaher nicht in derselben Maße, als er der directa actio wieder zugelegt werden soll, der utilis actio zu entnehmen steht. Der Schuldner würde sonst die durch Entkräftung der utilis actio bereits erlangte Befreiung durch einfache Vorschiebung eines anderen Klägers wieder verlieren, was nimmermehr angeht und mit Bewußtsein von Niemand vertheidigt werden wird.

Wenn gleichwohl Mühlenbruch[52]) mit anderen Rechtslehrern die Entscheidung des Paulus tadelt und den Text für verdorben hält, so erklärt sich das einfach aus dem Uebersehen des Umstandes, daß im Fragefalle die in factum actio des Mandatars sofort durch fingirte Cession als utilis actio übergegangen, mithin nicht, gleich einer dem Mandatar durch wirkliche oder fingirte Cession niemals entzogen gewesenen directa actio, von den zwischen dem Schuldner und

---

[52]) Cession S. 127 ff.

dem Mandanten bestehenden Rechtsverhältnissen unberührt erhalten war, wie das Gegentheil gerade in denjenigen Quellenzeugnissen vorausgesetzt wird, welche zwar entgegengesetzte, aber doch nur scheinbar widerstreitende Entscheidungen darbieten [53]). Es fehlt daher in Wahrheit an jeglichem Grunde, den völlig sachgemäßen Ausspruch des Paulus als unecht anzuzweifeln, da vielmehr sein Gegentheil als ebenso unlogisch als unbillig zu verwerfen sein würde [54]).

B. Ohne den Willen des Cessionars oder Quasicessionars zerfällt die utilis actio desselben zu Gunsten der directa actio des Cedenten oder Quasicedenten, wenn die causa, auf welcher die wirkliche oder fingirte Cession beruhet, nach besonderen positiven Bestimmungen der Gesetze oder nach allgemeinen Rechtsgründen unwirksam ist oder unwirksam wird [55]).

An besonderen positiven Gesetzesbestimmungen der Art sind hervorzuheben: die Einrede aus dem Edict de alienatione judicii mutandi causa facta, welche unter den geeigneten Voraussetzungen die utilis in rem actio des Cessionars oder Quasicessionars entkräftet und dadurch zugleich der directa in rem actio des Cedenten oder Quasicedenten geschehener Cession oder Quasicession ungeachtet wieder freien Spielraum schafft [56]); die exceptio litigiosi, welche den Versuch des Cessionars oder Quasicessionars, das durch litiscontestatio eröffnete judicium des Cedenten oder Quasicedenten utiliter im eignen Namen fortzusetzen [57]), verhindert und auf diese Weise dem Cedenten oder Quasicedenten die directe Fortsetzung möglich macht, als ob inzwischen nichts vorgefallen wäre (tanquam si nihil factum sit, lite nihilominus peragenda [58]); die exceptio legis Anastasianae, sofern der Cedent oder Quasicedent denjenigen Theil der Forderung, mit welchem der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar oder Quasi-

---

53) l. 51 §. 1 D. de aedil. edict. (21. 1). S. Th. 2, S. 117 ff. — — 54) Auch l. 4 §. 19 D. de doli mali exc. (44. 4), Ulp. kann so erklärt werden, daß ich aus der Stipulation des im Auftrage meines Mandatars Titius als mein Geschäftsführer thätig gewesenen Sejus [l. 3 §. 11, l. 6 §. 4 D. de neg. gest. (3. 5), l. 4 C. eod. (2. 19)] durch fingirte Cession eine utilis actio erhalten habe (Th. I, S. 407 ff.) und Sejus nach meinem Verzichte auf die utilis actio seine directa actio klagbar macht, ebendaher aber nicht bloß seinen eignen, sondern auch meinen dolus vertreten muß. Indeß ergiebt auch die Erklärung Mühlenbruch's (Cession S. 122 ff.) und v. Meyerfeldt's (Schenkung Th. I, S. 277) kein unrichtiges Resultat. — — 55) cf. Seuffert, Arch. XIII, Nr. 19. — Ob Mühlenbr., Ceff. §. 42, S. 457. 488 dasselbe behauptet, ist nicht klar. — — 56) l. 11 D. de alienat. jud. mut. c. (4. 7) in Verbindung mit l. 4 §. 3 D. eod. S. Th. 1, S. 25. 218. Th. 2, §. 33. — — 57) S. Th. 2, §. 29 Nr. I. — — 58) l. 2 C. de litigios. (8. 39). S. Th. 2, §. 33.

cessionar zurückgewiesen wird, mit der directa actio einzufordern vermag [59]). Denn wenn auch in allen diesen Fällen die Einrede vom Cessus erst wirklich vorgeschützt sein muß, um die causa der Cession unwirksam erscheinen zu lassen [60]), so tritt doch stets, sobald die causa der Cession und dadurch die utilis actio des Cessionars unwirksam erscheint, die directa actio des Cedenten wieder in ungestörte Wirksamkeit.

Zu den Fällen, in denen die causa der Cession oder Quasicession aus allgemeinen Rechtsgründen unwirksam ist oder wird, sind unter anderen [61]) zu zählen:

1. die vom Proceßprocurator erstrittene judicati actio, welche sofort durch fingirte Cession als utilis actio auf den Principal übergeht [62]), aber insoweit, als der Procurator die auf den Proceß verwandten Auslagen vom Principal wegen Zahlungsunfähigkeit desselben nicht wiedererlangen kann, Wirksamkeit zurückgewinnt; denn einerseits wird insoweit die utilis actio des Principals als unbillig durch doli exceptio entkräftet [63]), weil das Mandat als causa, aus welcher der Principal die wirkliche Cession der actio judicati vom Procurator zu fordern gehabt hätte und ebendaher auch kraft fingirter Cession die utilis actio erlangt hat, in demselben Umfange seine Wirksamkeit versagt; — heißt es doch bei Ulpian und Paulus ausdrücklich [64]): .. si retentione aliqua procurator uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda, nisi dominus ei solvere paratus sit, wobei offenbar die durch litiscontestatio oder res judicata erlangte Forderung als Gegenstand der retentio gedacht ist [65]); — andererseits wird die exceptio doli, welche sonst wegen der auf den Principal übergegangenen utilis actio der directa actio des Procurator entgegengestanden hätte, hinfällig, soweit die utilis actio wirksam zu sein aufgehört hat.

2. der belangreiche Sachverhalt, welcher in nachstehenden Stellen erörtert wird:

---

59) S. Th. 1, S. 38 ff. — — 60) v. Savigny, Syst. Bd. 4, S. 539. — — 61) Ein ferneres Beispiel gewährt der wegen laesio enormis ungültige Forderungsverkauf. S. Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 652 f. gegen Mühlenbruch, Ceff. §. 23, S. 622. — — 62) S. Th. 1, S. 433 ff. — — 63) l. 30 D. de procur. (3. 3). S. Th. 1, S. 434 f. — — 64) l. 25 fin., l. 26 D. de procur. (3. 3), cf. l. 11, l. 20 §. 1 C. mand. (4. 35), l. 46 §. 4 D. de procur. (3. 3), l. 10 §. 9, l. 12 §. 9, l. 27 §. 4 D. mand. (17. 1). Wetzel, Syst. 2. Aufl. S. 60 not. 17. — — 65) S. Th. I, S. 190 f.

Imper. Alexander A. Diogeni [66]).

Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emtore quasi exiguam quantitatem, eam vendidit: bonae fidei judicio conveniri, ut res tradat vel actiones mandet, non compelletur: nam suo quoque jure eorum persecutionem habet.

Scaevola lib. 22 Digestorum [67]).

Lucius Titius testamento patriae suae civitati Sebastenorum centum legavit, uti alternis annis ex usuris ejusdem certamina sub nomine ipsius celebrarentur: et adjecit haec verba: „Quod si conditione suprascripta recipere legatam sibi pecuniam civitas Sebastenorum noluerit, nullo modo heredes meos obligatos ei esse volo: sed habere sibi pecuniam.“ postea Praeses provinciae ex nominibus debitorum hereditariorum elegit idonea nomina et in causam legati Reipublicae adjudicavit, post cujus sententiam Respublica a plerisque adjudicatis sibi pecunias percepit. Quaesitum est, an si Respublica conditionibus testamento adscriptis postea non paruerit, legatum ad filios heredes pertineat? Respondit: Rempublicam voluntati testatoris parere compellendam: ac nisi faciat, in his quidem summis, quae per numerationem vel novationem solutae sunt, utili repetitione heredes adjuvandos: ab his vero nominibus, quae neque solverunt Reipublicae, neque novatione abscesserunt a pristina obligatione, non prohibendos, quominus debitum petant.

Beide Stellen erklären sich gegenseitig. Namentlich bestätigt das Bruchstück Scävola's, daß im voranstehenden Rescripte nicht bloß conventus statt conveniri, sondern auch earum statt eorum gelesen werden muß. Ohne Zweifel will nämlich das Rescript sagen: Der Erbschaftsverkäufer, welcher vom Käufer durch Betrug zum Verkaufe veranlaßt ist, unterliegt, wenn er vom Käufer verklagt wird (conventus), keinem Zwange, die Erbschaftssachen zu übergeben oder die Erbschaftsklagen zu cediren; denn er hat auch aus eignem Rechte deren Verfolgung; d. i. die directe Verfolgung der Erbschaftsklagen und der im fremden Besitz befindlichen Erbschaftssachen, indem er die exceptio doli, welche ihm von den Erbschaftsschuldnern und Besitzern von Erbschaftssachen wegen der durch fingirte Cession

---

66) l. 4 C. de her. vel act. (4. 39). — — 67) l. 21 §. 3 D. de ann. legat. (33. 1). S. Th. I, S. 187 f. Cujac. (opp. VII, p. 1350). Errleben, condict. ob rem dati S. 274 ff. Voigt, condict. ob causam S. 733. 735 f.

auf den Käufer übergegangenen utiles actiones entgegengestellt wird, entkräftet durch die Bezugnahme auf den Betrug des Käufers, welcher den Kauf als causa der fingirten Cession unwirksam macht[68]). Wäre dieses nicht der Sinn der betreffenden Worte, so könnte man dieselben wegen nicht vorhandener Richtigkeit des Kaufcontracts nur darauf beziehen, daß dem Verkäufer auch eine actio venditi gegen den betrügerischen Käufer auf Entschädigung zustehe[69]); man würde dann aber nicht bloß eine befriedigende Beziehung des Worts eorum vermissen, sondern auch die Worte: suo jure nicht recht zu deuten vermögen und endlich über die wichtige Frage, wie es mit den Klagerechten des Verkäufers gegen die Erbschaftsschuldner und Besitzer von Erbschaftssachen zu halten sei, ohne diejenige Antwort bleiben, welche nach allgemeinen, durch den Inhalt der Pandectenstelle dem letzten Zweifel entrückten Grundsätzen allein als recht- und sachgemäß erwartet werden kann.

Nach Scävola's Worten hatte nämlich Lucius Titius seiner Vaterstadt Sebaste in Armenien[70]) 100 legirt mit der Zweckbestimmung, aus deren Zinsen ein Jahr um das andere unter seinem, des Testators, Namen Kampfspiele zu geben[71]). Die Wirkung der Zweckbestimmung war zwar anscheinend durch das Hinzufügen verstärkt, daß die Erben aus dem Testamente nicht verpflichtet sein, vielmehr das Legat für sich behalten sollten, falls die Stadt dasselbe unter dem aufgelegten modus nicht annehmen wolle; allein in Wirklichkeit war der modus dadurch in eine Bedingung, sei es eine auflösende oder aufschiebende, nicht verwandelt worden[72]). Das angenommene Legat hing also jedenfalls nur seinem Bestande nach von der Erfüllung des modus ab[73]).

Von derselben Ansicht geleitet, hatte der Vorsteher der Provinz zu Gunsten der zur Annahme bereiten Stadt den unbedingten Vollzug des Legats bewerkstelligt und zu dem Ende aus dem nachgelassenen Vermögen des Lucius Titius mehrere passende Capitalforderungen ausgesucht und dergestalt der Stadt adjudicirt, daß die Stadt dieselben, als ob von den Erben Cession ertheilt wäre, utiliter im

---

68) arg. l. 71 §. 3 D. de condit. et demonstr. (35. 1), cf. l. 48 §. 1 D. de jure dot. (23. 3). Hasse, Güterr. der Ehegatten S. 327 ff. — — 69) l. 13 §. 5 D. de act. E. V. (19. 1). — — 70) Nov. 31 §. 2. 3 in f. — — 71) l. 17 § 4 D. de condit. et demonstr. (35. 1), l. 17 D. de usu et usufr. leg. (33. 2). Erxleben, condictio ob rem dat. S. 274 ff. Voigt, condict. ob caus. S. 733 ff. — — 72) cf. l. 1 C. de his, quae sub modo (6. 45), l. 2 §. 7 D. de donat (39. 5), l. 71 §. 1 D. de condit. (35. 1), l. 44 D. de manum. testam. (40. 4), l. 4 C. de donat. sub mod. (8. 55). — — 73) l. 71 §. 3 D. de condit. et demonstr. (35. 1) . . purum legatum est. l. 80 D. eod., l. 44 D. de manum. test. (40. 4).

eignen Namen verfolgen konnte[74]). Die Stadt hatte von diesem Erwerbe Gebrauch gemacht und von den meisten der ihr überwiesenen Schuldner die Gelder eingezogen, gleichwohl aber den modus unerfüllt gelassen. Es entstand daher die Frage, ob das Legat nicht an die Kinder des Lucius Titius als Erben desselben zurückfallen müsse. Scävola beantwortet diese Frage, wenn auch mit möglichster Schonung der Stadt, bejahend. Die Stadt soll angehalten werden, den Willen des Testators zu erfüllen und soll, wenn sie ungehorsam bleibt, das Legat zu Gunsten der Erben verlieren, so daß die Erben rücksichtlich der von der Stadt durch Zahlung oder Novation eingezogenen nomina gegen die Stadt eine wirksame condictio ob causam auf Rückgabe des Eingezogenen (utilis repetitio)[75]) und rücksichtlich der von der Stadt noch nicht eingezogenen nomina nach Entkräftung der für deren fingirte Cession anzuführenden causa gegen die Schuldner die bisher durch exceptio beschränkt gewesenen directae actiones fortan wieder formell oder wenigstens materiell exceptionsfrei anstellen können.

Scävola nimmt also als Rechtens an:

a. denjenigen directae actiones, deren entsprechende utiles actiones auf Grund der adjudicatio von der Stadt bereits verwirklicht worden, stehe insofern, als nicht durch Zahlung sogar ipso jure Tilgung erfolgt sein sollte, von Seiten der Schuldner wenigstens eine exceptio doli[76]) entgegen, weil es von den Erben des Titius unter allen Umständen unredlich sein würde, diejenige Stellung, welche den Schuldnern bis dahin durch das Testament des Erblassers und durch die darauf gegründete Anordnung der Obrigkeit der directa und der von der Stadt entschieden erworbenen utilis actio gegenüber angewiesen gewesen sei, zum Nachtheil der Schuldner nicht anerkennen zu wollen;

b. denjenigen directae actiones, deren entsprechende utiles actiones von der Stadt noch nicht verwirklicht worden, sei ohne Weiteres die alte Wirksamkeit wieder zu Theil gefallen, weil mit der causa der fingirten Cession[77]) auch die darauf gestützten utiles actiones ihrerseits ope exceptionis hinfällig geworden seien und mit dieser

---

74) S. Th. 1, S. 187 f. — — 75) l. 17 D. de usu et usufr. leg. (33. 2), cf. l. 73 D. de condit. et dem. (35. 1) . . utili actione praestare compellitur. l. 7 §. 2 D. de dote praeleg. (33. 4). Erxleben a. a. O. S. 281 ff. Keller, Pand. §. 300. Arndt's Pand. §. 342 Anm. 2 unter b nehmen eine condictio ob causam datorum an; Voigt, über condictiones S. 735 f., wie mir scheint weniger zutreffend, eine condictio indebiti wegen Zahlung der Legate ohne Caution. — — 76) S. Th. 2, §. 21. — — 77) l. 7, l. 48 D. de fideic. libert. (40. 5), l. 19 D. de legat. III (32).

Hinfälligkeit der einzige Grund für die Unwirksamkeit der directae actiones seine Triftigkeit verloren habe. Die Erben dürften deshalb an der Geltendmachung der directae actiones nicht mehr gehindert werden (heredes non prohibendos, quominus debitum petant)[78]) weder von den Schuldnern durch Vorschützung der exceptio doli, noch von der Stadt durch Inanspruchnahme eines Vorrangs für die hinfällig gewordenen utiles actiones[79]).

Wendet man die Gründe dieser Entscheidung auf das ersterwähnte Rescript an, so ist ersichtlich, wie die gleiche durch exceptio doli geltend zu machende Hinfälligkeit der causa emtionis die gleiche Hinfälligkeit der auf die causa mittelst fingirter Cession zu stützenden utiles actiones des Käufers, und diese Hinfälligkeit ferner die formelle oder materielle Exceptionsfreiheit der directae actiones des betrogenen Verkäufers unserer obigen Erklärung gemäß zur Folge haben muß; denn der einzige Unterschied zwischen beiden Rechtsverhältnissen besteht darin, daß die Anfechtbarkeit der causa cessionis durch exceptio in dem einen Falle schon ursprünglich vorhanden war, in dem anderen erst späterhin eintrat; allein dieser Unterschied kann auf die rechtlichen Wirkungen der wirklichen Anfechtung keinerlei Einfluß äußern.

Auch das vermag der Folgerichtigkeit und Billigkeit dieser Grundsätze keinen Abbruch zu thun, daß das gefundene Ergebniß unter Umständen den Schuldner beeinträchtigen zu können scheint; denn dieser Schein verschwindet vor der Erwägung, daß der Schuldner im Stande ist, gegen jede Gefahr einer vom Cessionar oder Quasicessionar nichtsdestoweniger später angestellten utilis actio durch die Forderung einer vom Cedenten oder Quasicedenten zu leistenden satisdatio defensum iri oder durch eine mit der Aufforderung zur Intervention an den Cessionar oder Quasicessionar gerichtete Streitverkündigung sich zu decken[80]).

Ist aber sowohl im Falle des Rescripts, als im Falle des Pandectenfragments wegen Fehlerhaftigkeit der causa auch das wirkliche oder fingirte mandatum agendi und der auf demselben beruhende Erwerb von utiles actiones hinfällig, so zeigen Scävola's Worte ferner:

---

[78]) cf. l. 47 D. de oper. libert. (38. 1). — — [79]) Ebenso würde in dem von Bähr a. a. O. S. 400 not. 52 angeregten Falle zu entscheiden sein, wenn Jemand eine Forderung an Zahlungs Statt auf eine Schuld cedirt hätte und hernach fände, ein indebitum gezahlt zu haben. Bähr's dagegen erhobene Zweifel sind unbegründet. — — [80]) S. Th. 2, §. 26. 35 a. E.

Erstens. Die Cession oder Quasicession, welche den Uebergang einer Klage als utilis actio vom Cedenten oder Quasicedenten auf den Cessionar oder Quasicessionar zur Folge hat, ist ein Vorgang, welcher zwar einen Werth aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Anderen der beiden Betheiligten einerseits bereichernd, andererseits benachtheiligend übermittelt, gleichwohl aber die Vermögensveränderung nicht fest genug abschließt, um zur Begründung einer condictio ob causam tauglich erachtet zu werden [81]). Gleich der Restitution eines Erbschaftsfideicommisses, wodurch Nachlaßforderungen vom Fiduciar auf den Fideicommissar übertragen werden [82]), steht vielmehr auch die Cession und Quasicession in demselben Verhältniß zur datio, wie der Erlaß durch bloßen Klagverzicht (pactum de non petendo) zum Erlaß der Schuld durch acceptilatio und wie die Sicherung einer Schuld durch constitutum zur Sicherung einer Schuld durch promissio und adpromissio. Auch beim pactum de non petendo und beim constitutum ist erst der Keim zu einer Vermögensveränderung gelegt, die Vermögensveränderung selbst aber noch nicht zu derjenigen Reife gediehen, daß, wie bei der acceptilatio, promissio und adpromissio, eine condictio liberationis und obligationis für zulässig gehalten werde [83]). Mag also auch die causa der Cession mit einem bei der datio zur condictio ob causam Anlaß gebenden Fehler behaftet sein, dennoch ist der Cedent oder Quasicedent gleich dem Gläubiger, welcher den Schuldner durch bloßen Klagverzicht befreiet hat, von der condictio ob causam ausgeschlossen und beschränkt auf den übrigens vollkommen ausreichenden Schutz, welcher durch eine der exceptio entgegenwirkende replicatio doli, oder sofern die exceptio selbst auf einen dolus gegründet ist und daher formell

---

81) Demgemäß ertheilt ein in der Thebais aufgefundenes Kaiserrescript auf Papyrus aus dem fünften Jahrh. dem magister officiorum die Anweisung: eas cessiones, quas timor extorsisse detegitur, antiquari; itemque ea, quae sub certa causa dedisse testatur, causa non secuta legibus ei redhiberi praecipiat. Mommsen in Jahrb. f. gem. Recht Bd. 6, S. 401. 414. — A. M. ist Bähr a. a. O. S. 400 f. not. 52. cf. Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 257, namentlich Anm. 2. Ob Windscheid diese Meinung theilt, ist nicht recht klar. S. Voraussetzung S. 61. Erxleben, condict. ob caus. dat. S. 5 Not. 14 hält die Cession nach Analogie der Delegation [l. 18 §. 1, l. 31 §. 3 D. de don. mort. c. (39. 6)] für eine datio. — — 82) l. 21, l. 58 §. 2 D. ad SCt. Trebell. (36. 1) . . et ideo nec indebiti repetitio erit. Anders erklärt bei Voigt, über condictt. ob caus. S. 650. — — 83) l. 51 D. de pact. (2. 14), Basil. XI, 1 c. 50 (Heimb. I, p. 632), cf. l. 27 §. 2 D. eod., l. 21 C. eod. (2. 3), l. 28 C. de transact. (2. 4). Voigt a. a. O. S. 612 not. 534 in Verbindung mit l. 52 D. de condict. indeb. (12. 6), l. 1 pr. D. de condict. ob turp. caus. (12. 5). Voigt a. a. O. S. 295 ff. 384. 405. 449. Erxleben a. a. O. S. 7.

eine replicatio doli ausschließt[84]), durch die prätorische Versagung oder judicielle Verwerfung der grundlos gewordenen exceptio doli gewährt wird.

Zweitens. Der Cedent oder Quasicedent, welcher für seine directa actio die Freiheit von der wegen der utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars zu befürchtenden exceptio doli zurückerlangt, ist stets, wenn nicht, wie unter Umständen bei Zahlungen[85]), ipso jure, so doch wenigstens ope exceptionis doli genöthigt, diejenigen Veränderungen, welche das Klagerecht inzwischen in der Person des Cessionars oder Quasicessionars erlitten hat, insoweit anzuerkennen, als der Cessus durch deren Nichtanerkennung unverschuldet Schaden erleiden würde; denn der von Scävola ausdrücklich genannten Zahlung und Novation sind selbstverständlich alle übrigen Vorkommnisse ähnlicher Art gleichzustellen, und wie anders, als durch exceptio doli, sollte der Erbe verhindert werden, diejenigen ipso jure unaufgehoben gebliebenen directae actiones, deren entsprechende utiles actiones durch novatio u. s. w. inzwischen verändert worden sind, seinerseits mit Erfolg geltend zu machen[86])? Geschieht es doch ebenso, wenn die directa actio angestellt wird, nachdem die utilis actio, welche mit des Cessionars oder Quasicessionars Willen aufgegeben ist, inzwischen Veränderungen erlitten hat[87]).

Drittens. Sofern dem Schuldner gegenüber keine Veränderung Statt gehabt hat, ist der Cedent oder Quasicedent unbehindert, seine directa actio gegen den Schuldner auch dann durchzuführen, wenn der Cessionar oder Quasicessionar seine utilis actio inzwischen weiter cedirt, verpfändet, zu Nießbrauch gegeben hat; denn da — wie theils früher gezeigt ist[88]), theils später gezeigt werden wird[89]) — dem Cessionar, Pfandgläubiger, Nutznießer jede vor der Cession, Verpfändung, Nießbrauchsbestellung in der Person des Cedenten, Verpfänders, Nießbrauchbestellers begründete exceptio doli schadet, so unterliegt der zweite Cessionar oder der Pfandgläubiger und Nutznießer wegen Unwirksamkeit der ersten Cession derselben exceptio doli, welche ohne weitere Cession, Verpfändung oder Nießbrauchsbestellung dem ersten

---

84) l. 154 D. de reg. jur. (50. 17), l. 4 §. 13 D. de exc. doli (44. 4). — — 85) S. Th. 2, §. 34 lit. A. — — 86) Bähr a. a. O. S. 400 not. 52 übersieht diese Wirksamkeit der exc. doli, indem er eine condictio auf Rückcession deshalb für nöthig hält, weil der Cedent unmöglich die Forderung dem Schuldner gegenüber wieder verfolgen könne, als wäre nichts geschehen. S. Mühlenbruch, Ceff. §. 61 S. 602. — — 87) S. Th. 2, S. 186 ff. — — 88) S. Th. 1, S. 127 f. — — 89) S. Th. 2, §. 37.

Cessionar würde entgegengestanden haben. Die utilis actio des zweiten Cessionars oder des Pfandgläubigers und Nutznießers ist also dem Schuldner nicht gefährlicher, als demselben ohne Cession, Verpfändung, Nießbrauchbestellung die utilis actio des ersten Cessionars gewesen sein würde. Freilich ist der Schuldner, welcher der directa actio des ersten Cedenten durch exceptio doli zu entgehen vergeblich bemühet gewesen ist, nun seinerseits gehalten, dem zweiten Cessionar oder dem Pfandgläubiger und Nutznießer gegenüber die Unwirksamkeit der ersten Cession darzuthun, allein einestheils würde ihm dieselbe Last ohne Cession, Verpfändung oder Nießbrauchbestellung dem ersten Cessionar gegenüber obgelegen haben, anderntheils steht ihm gegen die daraus zu besorgende Gefahr das Schutzmittel einer dem ersten Cedenten abzuverlangenden satisdatio defensum iri oder einer mit der Aufforderung zur Intervention an den zweiten Cessionar oder an den Pfandgläubiger und Nutznießer gerichteten Streitverkündigung mit demselben Erfolge zu Gebote, als in dem Falle, wenn der erste Cessionar einer weiteren Cession, Verpfändung, Nießbrauchbestellung sich enthalten hätte. Von keiner Seite also erheischen die auf den Schuldner zu nehmenden Rücksichten eine Abweichung von den aufgestellten Grundsätzen.

Selbstverständlich muß indeß auch in diesem Punkte derjenige, welcher mit Bähr [90]) die Cession als datio, die utilis actio also als einen mit der condictio ob causam verfolgbaren Gegenstand betrachtet, zu abweichenden Ergebnissen gelangen, da der Condicent die vom Verpflichteten inzwischen geschehenen Veräußerungen des der Rückforderung unterliegenden Objectes gelten zu lassen nicht umhin kann [91]).

Zum Schluß ist nur noch die kaum nöthige Bemerkung beizufügen, daß natürlich einerseits wegen der auf den Cessionar oder Quasicessionar übergegangenen utilis actio wie der directa actio des Cedenten oder Quasicedenten, so auch der utilis actio desjenigen Dritten, welcher nach jenem ersten Cessionar oder Quasicessionar von dem Cedenten oder Quasicedenten durch Cession oder Quasicession prätorisches Eigenthum, oder durch Verpfändung Pfandrecht, durch Nießbrauchbestellung Nießbrauch ꝛc. an der directa actio erlangt hat, von Seiten des Schuldners eine exceptio doli entgegensteht, weil

90) a. a. O. S. 409 f. cf. Seuffert, Arch. XIII, Nr. 257. — — 91) l. 19, l. 37 §. 1, l. 39 D. de mort. c. donat. (39. 6), l. 65 §. 8 D. de condict. indeb. (12. 6). Voigt a. a. O. S. 324.

der spätere Cessionar, Quasicessionar, Pfandgläubiger, Nutznießer, als Nachfolger des Cedenten oder Quasicedenten, nicht mehr Rechte haben kann, als dieser sein Vorgänger hatte [92]); daß aber andererseits auch der zu Gunsten der directa actio freiwillig oder unfreiwillig eintretende Zerfall der utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars, wie der directa actio des Cedenten oder Quasicedenten, so auch der utilis actio dritter Cessionare, Quasicessionare, Pfandgläubiger, Nutznießer, welche nach jenem ersten Cessionare oder Quasicessionare vom Cedenten oder Quasicedenten an der directa actio prätorisches Eigenthum, Pfandrecht, Nießbrauch erhalten haben, zu Gute kommen muß.

Hat z. B. der Vormund, welcher Geld des Mündels ausgeliehen und dessen Rückzahlung im eignen Namen stipulirt, zugleich aber dem Mündel durch fingirte Cession eine utilis ex stipulatu actio verschafft hat, später seine actio ex stipulatu an einen Dritten cedirt oder verpfändet, so steht der utilis actio dieses dritten Cessionars oder Pfandgläubigers gleich der directa actio des Cedenten oder Verpfänders mit Rücksicht auf die utilis actio des Mündels eine exceptio doli so lange entgegen, bis der mündig gewordene Mündel erklärt, zu Gunsten des Vormunds oder der Nachfolger des Vormunds von seiner utilis actio abgehen zu wollen [93]). Mit dieser Erklärung aber werden gleich der directa actio des Vormunds auch die utiles actiones der Nachfolger des Vormunds von derjenigen exceptio doli frei, welche bis dahin beiden Klagen wegen der dem Mündel gebührenden utilis actio entgegenstand. Hat ferner der in Vermögensverfall gerathene Schuldner zur Verkürzung seiner Gläubiger eine ihm zustehende Forderung an eine dritte mit der Sachlage und des Schuldners Absicht bekannte Person verkauft und später Concurs gemacht, so daß auf den Concurscurator die dem Gemeinschuldner nach dem Forderungsverkaufe verbliebene directa actio kraft fingirter Cession als utilis actio übergegangen ist [94]), so steht zwar an sich dieser utilis actio des Curators wegen der vorher dem Käufer zu Theil gewordenen utilis actio eine exceptio doli entgegen, diese exceptio doli wird aber entkräftet, wenn der Curator dagegen die causa der Cession in ihren Wirkungen dadurch zerstört [95]), daß er den Betrug des Verkäufers und die Wissenschaft des Käufers um den Betrug oder

---

[92]) l. 54 D. de reg. jur. (50. 17), l. 4 §. 30 D. de exc. doli (44. 1), l. 11 §. 10 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 3 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1). S. Th. I, S. 103. — — [93]) l. 16 D. de admin. et peric. tut. (26. 7). S. Th. II, S. 182 Nr. 1. — — [94]) S. Th. I, S. 188. — — [95]) cf. l. 38 §. 4 D. de usur. (22. 1): In Pauliana . . . Praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset.

mit anderen Worten solche Thatsachen beweiset, welche, wenn der exceptio doli gegenüber von einer in die Formel aufzunehmenden replicatio überhaupt die Rede sein könnte [96]), die replicatio Pauliana begründen würden [97]). Auf diese Weise geschieht es, daß der Curator mit seiner an sich jüngeren utilis actio durchdringt, der Käufer aber mit seiner an sich älteren utilis actio durchfällt, und der Curator nur verpflichtet ist, den Cessus, welcher nicht vorgezogen hat, den Käufer durch die mit der Aufforderung zur Intervention verbundene Streitverkündigung am Processe zu betheiligen [98]), durch satisdatio defensum iri gegen die Gefahr, vom Käufer abermals belangt zu werden, sicher zu stellen [99]).

Selbstverständlich erfolgt aber auch dieses Inkrafttreten der utilis actio des zweiten Cessionars nicht mit Rückwirkung. Der zweite Cessionar kann vielmehr nöthigenfalls durch doli exceptio des Cessus gezwungen werden, alle diejenigen Rechtsveränderungen, welche die utilis actio des ersten Cessionars erlitten hat, bevor sie zu Gunsten der utilis actio des zweiten Cessionars außer Kraft trat, in derselben Maße anzuerkennen, in welcher sie der Cedent hätte anerkennen müssen, wenn er die zweite Cession unterlassen hätte [100]).

Drittes Kapitel.

Unentschiedenheit und Unbekanntheit der utilis actio [1]).

Die utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars entsteht, sobald der Cessionar oder Quasicessionar vom Cedenten oder Quasicedenten einen auf eine justa causa gestützten wirklichen oder fingirten Klagauftrag empfangen hat [2]). Auch nach dem wirklichen oder fingirten Empfange des Klagauftrags kann indeß das Dasein der utilis §. 20.

---

[96]) l. 4 §. 13 D. de exc. doli (44. 4), l. 154 D. de reg. jur. (50. 17). — — [97]) cf. l. 1 pr. §. 2, l. 3 pr., l. 7 D. quae in fraud. credit. (42. 8) in Verbindung mit l. 9 §. 5 D. de jurejur. (12. 2). — — [98]) S. Th. II, §. 35 a. E. — — [99]) S. Th. II, §. 26. Mühlenbr., Ceff. §. 49, S. 505 not. 20. §. 52, S. 529 not. 4 hält wegen einer in fraudem creditorum vollzogenen Cession auch die actio Pauliana für statthaft, obgleich die Klagbitte bei der Entbehrlichkeit der Rückcession (s. Mühlenbr., Ceff. §. 51, S. 518 f. Nr. 3) nur auf Ungültigkeitserklärung der Cession gerichtet sein könnte. — — [100]) Mühlenbruch, Ceff. §. 61, S. 602 f.

[1]) S. Mühlenbr., Ceff. §. 50, S. 508 ff. — — [2]) S. §. 29.

actio noch unentschieden oder diesem und jenem Betheiligten unbekannt sein, so daß häufig fernerweite Thatsachen erfordert werden, um solcher Unentschiedenheit und Unbekanntheit ein Ziel zu setzen. Zu diesen fernerweiten Thatsachen gehören einige, wie die denuntiatio, Annahme einer Abschlagszahlung u. s. w., deren Bestimmung von vielen Rechtslehrern verkannt und vielmehr darein gelegt wird, im Verein mit dem wirklichen oder fingirten Klagauftrage das Dasein der utilis actio überhaupt erst zu begründen [3]); ein Irrthum, dessen Folgen sehr erheblich sind, indem danach z. B. unter zwei Cessionaren desselben Cedenten nicht derjenige, welcher zuerst den wirklichen oder fingirten Klagauftrag erhielt, sondern derjenige, welcher zuerst den Schuldner denunciirte oder vom Schuldner Abschlagszahlung annahm, Inhaber der utilis actio geworden und dem anderen Cessionar vorzuziehen sein würde, während nach unserer Ansicht der Vorrang allein von der Priorität im Empfange des wirklichen oder fingirten Klagauftrags abhängt [4]). Es darf und soll daher keine Mühe gespart werden, um den gefährlichen Irrthum wo möglich allgemein und für immer durch Darlegung der richtigen Grundsätze zu überwinden.

A. Unentschiedenheit der utilis actio.

Unentschieden ist das Dasein der utilis actio bald in dem Sinne, daß erst ein späterer Umstand die wahre Natur des vorhergehenden Zustandes bestimmt, also feststellt, ob die utilis actio ist und war (Rückziehung), bald in der Weise, daß das entscheidende Ereigniß die Ungewißheit nicht für die Vergangenheit, sondern bloß für die Zukunft beseitigt, mithin auf die Feststellung sich beschränkt, ob die utilis actio wird (Vorwirkung) [6]). Dort hat der Cedent oder Quasicedent bis zur Entscheidung ein directes Klagerecht, welches durch die möglicher Weise schon vorhandene, hier eins, welches nur durch die möglicher Weise später werdende utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars innerlich beschränkt ist [7]).

---

3) Windscheid, actio S. 141 ff. Heuser, Annalen Bd. 1, S. 659 ff. 886 ff. Seuffert, Arch. Bd. I, Nr. 116. XII, Nr. 338. Ebenso das ältere französische Recht; s. Arch. f. civ. Pr. Bd. 28 S. 437. Unbestimmt der Code Napol. art. 1689—1691. Jedoch scheint sich die neuere Jurisprudenz den Grundsätzen des älteren Rechts anzuschließen; s. Marcadé und Mourlon, französ. Civilr. übersetzt von Pfaff Bd. 2, S. 323 ff. — — 4) S. Th. II, §. 31. — — 5) l. 15 D. de reb. dub. (34. 5), l. 89 §. 3 D. de solut (46. 3), l. 57 pr. D. de usufr. (7. 1), l. 43 §. 2 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 26 §. 13 D. de condict. ind. (12. 6). Vergl. Fitting, über den Begriff der Rückziehung S. 5 ff., dem ich hier einstweilen folge, obwohl ich manche Bedenken gegen seine Theorie theile.— — 6) Fitting a. a. O. — — 7) In beiden Fällen enthält die sogenannte „even=

I. Unentschiedenheit der ersten Gattung (Rückziehung)

ist wieder in der doppelten Art möglich, daß entweder über die Entstehung oder über die Wiederauflösung der utilis actio Ungewißheit herrscht.

1. Ueber die Entstehung der utilis actio herrscht Ungewißheit

a. bei jedem wirklichen, auf eine justa causa gestützten mandatum agendi, welches den procurator in rem suam in den Stand setzt, zwischen dem utiliter agere proprio nomine und dem directe agere alieno nomine zu wählen; denn erst der spätere Entschluß des procurator in rem suam offenbart[8]), ob das Forderungseigenthum früher durch das mandatum agendi auf den procurator i. r. s. übergegangen oder ungeachtet des mandatum agendi dem Cedenten verblieben sei[9]). Es hätte sonst weder, wenn das directe agere alieno nomine gewählt wurde, der Vermögensübergang auf den Cessionar bis zur litiscontestatio hinausgerückt sein können, wie dieses doch sonder Frage der Fall war[10]); noch hätte, wenn das utiliter agere proprio nomine vorgezogen wurde, davon die Rede sein dürfen, daß gleich dem fingirten auch das wirkliche mandatum agendi utiles actiones auf den Cessionar übertrage[11]), und zwar utiles actiones, welche — wie weiter unten genauer gezeigt werden wird[12]) — auf der einen Seite so wenig vor als nach dem Aufhören der Unentschiedenheit durch Tod und Auftragswiderruf des Cedenten oder Tod des Cessionars untergehen, auf der anderen Seite allen in der Person des Cessionars nach Empfang des Klagauftrags erwachsenen Einreden unterworfen sind[13]).

Bei dem wirklichen Klagauftrage kann es sogar vorkommen, daß Unentschiedenheit erster Art in doppelter Richtung obwaltet. Sobald nämlich der Klagauftrag selbst an eine aufschiebende Bedingung gebunden ist, entscheidet zunächst der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung, ob oder ob nicht der Cessionar ein Recht, nach seiner Wahl direct im Namen des Cedenten oder utiliter im eignen Namen zu

---

tuelle Cession" ein Mehreres, als eine bloße Verpfändung der Forderung. Annalen des O.-A.-G. zu Dresden III, 7, S. 295. Schletter, Jahrb. Bd. 8, S. 4. — — [8]) l. 9 in f. D. de castrens. pecul. (49. 17) . . . nec est novum, ut ex postfacto aliquis successorem habuisse videatur. — — [9]) arg. l. 25 §. 1 D. de usufr. (7. 1), l. 18 in f. D. de stipul. serv. (45. 3). — — [10]) S. Th. II, S. 107 ff. — — [11]) l. 55 D. de procur. (3. 3). Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 13 (Heimb. I, p. 584). S. Th. I, S. 18. — — [12]) S. Th. II, §. 25. — — [13]) S. Th. II, §. 37.

klagen, habe und gehabt habe; sodann, wenn der Eintritt der Bedingung dieses Recht in Gewißheit gesetzt hat, entscheidet ferner die Wahl des Cessionars, ob das Dasein oder Nichtdasein der utilis actio für die Vergangenheit, wie für die Gegenwart und Zukunft anzunehmen sei.

b. Der fingirte Klagauftrag weicht in seinen Folgen vom wirklichen Klagauftrage darin ab, daß er in der Regel sofort entschieden utiles actiones in's Leben ruft, eben weil er nicht, wie der wirkliche Klagauftrag, gestattet, zwischen dem utiliter agere proprio nomine und dem directe agere alieno nomine zu wählen. Bei allen Rechtsgeschäften, welche von der Rechtsdichtung der Cession begleitet werden, tritt daher Unentschiedenheit der utilis actio nur ausnahmsweise ein, wenn etwa das Geschäft und die damit verbundene Cessionsdichtung von einer aufschiebenden Bedingung abhängt[14]); oder wenn eine Geschäftsführung, welche dem Geschäftsherrn den auf fingirter Cession beruhenden Erwerb einer utilis actio anheimstellt, der Ratihabition harret, um den Geschäftsherrn rückwärts zum Herrn der Forderung zu machen[15]); oder wenn eine Forderung als Legat oder Fideicommiß ausgesetzt ist, indem erst die spätere Annahme oder Ausschlagung des Vermächtnisses zeigt, ob die mit dem Vermächtnisse verknüpfte Cessionsdichtung schon seit der Erbschaftsantretung, und zwar sowohl hinsichtlich des Hauptstuhls, als hinsichtlich der etwa seit der Erbschaftsantretung verfallenen Conventionalzinsen[16]), für den Bedachten eine utilis actio hervorgebracht habe, oder ob dieselbe überall nicht zur Wirksamkeit gelangt sei. Ja selbst dann ist eine ihrem gegenwärtigen Dasein nach unentschiedene utilis actio anzunehmen, wenn der Gewerbsverwalter (institor) aus den Mitteln des Gewerbsherrn (praeponens), oder der Ehemann aus Dotalmitteln ein Klagerecht erwirbt; denn im Falle der Insolvenz des Gewerbsverwalters und des Ehemanns wird dem Gewerbsherrn und der Ehefrau rückwärts seit dem Beginn ihrer Cessionsberechtigung, also dort seit dem Augenblicke der Entstehung des directen Klagerechts des Gewerbsverwalters und

---

14) l. 19 D. de her. vel act. (18. 4) Julian. Multum interest, sub conditione aliqua obligatio veneat, an, cum ipsa obligatio sub conditione sit, pure veneat. Priore casu deficiente conditione nullam esse venditionem; posteriore statim venditionem consistere. Im früheren Rechte wurde die Möglichkeit eines suspensiv bedingten Kaufs bezweifelt. Gaj. III, 146. — — 15) l. 56 D. de judic. (5. 1), l. 16 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 25 C. de donat. int. V. et U. (5. 16), l. 7 pr. C. ad SCt. Macedon. (4. 28). — — 16) arg. l. 86 §. 2 D. de legat. I (30), l. 12 §. 1 D. de captiv. (49. 15), l. 63 §. 4 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 19 D. de manum. vind. (40. 2).

hier seit der Zeit des eingetretenen Vermögensverfalls des Ehemanns, eine auf fingirter Cession beruhende utilis actio zugeschrieben [17]).

2. Ueber die Wiederauflösung der utilis actio herrscht Ungewißheit, wenn der wirklichen Cession oder dem mit fingirter Cession verbundenen Rechtsgeschäfte eine Resolutivbedingung hinzugefügt ist; denn sobald die Resolutivbedingung eintritt, wird die durch die Cessionsdichtung mit dem Abschlusse des Rechtsgeschäfts oder ohne Cessionsdichtung mit der auf Grund einer justa causa ertheilten wirklichen Cession auf den Cessionar übergegangene utilis actio rückwärts beseitigt, als ob das Klagerecht dem Cedenten zuzugehören nie aufgehört hätte [18]).

II. Unentschiedenheit der zweiten Gattung (Vorwirkung)

ist Beispielsweise vorhanden, wenn eine Forderung unter einer aufschiebenden Bedingung vermacht ist [19]), indem der Vermächtnißnehmer den Eintritt der Bedingung erleben muß [20]) und selbst, wenn er ihn erlebt, durch die dem Vermächtniß verknüpfte Cessionsdichtung eine utilis actio nur für die Folge, also z. B. ohne die inzwischen aufgelaufenen Conventionalzinsen [21]), erhält, wie ja auch der bedingt bedachte Vermächtnißnehmer mit dem Eintritt der Bedingung nur für die Folge das Eigenthum der vermachten Sache ohne deren inzwischen entstandene Früchte [22]), oder die actio ex testamento auf Uebertragung der vermachten Sache oder auf wirkliche Cession der vermachten Forderung ohne frühere Früchte und Zinsen erwirbt [23]).

Dieser Zustand der Unentschiedenheit, sei es der ersten, sei es der zweiten Gattung, ist wie bei jedem anderen, so bei dem hier in Frage stehenden Rechtsverhältnisse in der

---

17) S. Th. I, S. 498 ff. — — 18) S. Mühlenbr., Ceff. §. 50, S. 511. — — 19) l. 21 §. 2 D. de liberal. leg. (34. 3). — — 20) l. 65 §. 1 D. de legat. I (30), l. 41, l. 69 D. de condit. et demonstr. (35. 1), l. 5 §. 2, l. 22 §. 1 D. quando dies legat. (36. 2). — — 21) l. 11 D. de optione leg. (33. 5), cf. l. 7 §. 6, l. 8, l. 17 pr. D. quando dies leg. ced. (36. 2). Ferner l. 32 §. 1 D. de legat. II (31), l. 36 §. 4 D. ad leg. Falcid. (35. 2), cf. l. 3 §. 1 D. de legat. III (32), l. 16 D. de statu lib. (40. 7), l. 15, l. 16 D. de stat. hom. (1. 5). — — 22) l. 1 §. 4 D. de SCt. Silan. (29. 5), Gaj. II, 200. 245. l. 12 §. 5 D. de usufr. (7. 1). — — 23) l. 41 D. de condit. (35. 1), l. 27 pr. D. qui et a quib. (40. 9), l. 42 pr. D. de O. et A. (44. 7), l. 5 §. 7, l. 14 §. 3 D. quando dies legat. (36. 2), l. 18 D. de reg. jur. (50. 17).

Regel allgemein anzuerkennen und zu beachten; denn quod pendet — sagt Paulus [24]) — non est pro eo, quasi sit. Daraus folgt

zu I. was die Unentschiedenheit der ersten Gattung betrifft:

Wenn A an B eine Forderung verkauft, verpfändet u. s. w., die er bereits unter einer rückwirkenden aufschiebenden oder auflösenden Bedingung an C verkauft, also durch fingirte Cession eigenthümlich übertragen hat, so hängt es von dem Ausfall der Bedingung ab, ob B oder C Forderungsnachfolger des A wird; denn A konnte dem B nicht mehr Recht übertragen, als er hatte [25]); A hatte aber nur für den Fall des Nichteintritts der dem ersten Kaufe hinzugefügten Suspensivbedingung oder für den Fall des Eintritts der demselben Geschäft beigegebenen Resolutivbedingung ein wirksam an B cessibles oder verpfändbares Forderungsrecht, weil umgekehrt der Eintritt der Suspensivbedingung oder der Nichteintritt der Resolutivbedingung offenbart haben würde, daß nicht A, sondern C Forderungseigenthümer gewesen sei [26]). A hat also nur für den Fall des Nichteintritts der Suspensiv-, beziehungsweise des Eintritts der Resolutivbedingung dem B ein Forderungsrecht wirksam abgetreten und verpfändet [27]) und B kann sich über diesen beschränkten Erfolg, selbst wenn er über die Ursache desselben in Unkunde war, mit Grund nicht beklagen, weil: qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus [28]).

Der umgekehrte Erfolg findet Statt, wenn C während des Schwebens der Bedingung sein Recht weiter cedirt, verpfändet u. s. w. Der Cessionar, Pfandgläubiger u. s. w. hat dann nur, wenn die Suspensivbedingung eintritt und die Resolutivbedingung nicht eintritt, Forderungseigenthum, Forderungspfandrecht u. s. w. bekommen, während im Fall des Nichteintritts der Suspensiv- und des Eintritts der Resolu-

---

24) l. 169 §. 1 D. de reg. jur. (50. 17), cf. Schol. 1 zu Basil. LX, 5 c. 15 (Heimb. V, p. 349). — — 25) l. 54 D. de reg. jur. (50. 17). — — 26) arg. l. 19 §. 5 D. pe pecul. castr. (49. 17), l. 9, l. 19 §. 3 D. eod., l. 44 pr. D. de legat. I (30), l. 98 §. 3 D. de solut. (46. 3), l. 11 §. 9 D. de donat. i. V. et U. (24. 1), l. 15 D. de reb. dub. (34. 5), l. 86 §. 2 D. de legat. I (30), l. 44 §. 1 D. eod., l. 17 §. 1, l. 34, l. 35, l. 36 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 2 D. de manum. (40. 1), l. 3 D. de manum. vind. (40. 3), l. 31 D. de testam. milit. (29. 1), l. 70 §. 1 D. de usufr. (7. 1), l. 8 D. de reb. cred. (12. 1) in Verbindung mit l. 175 §. 1, l. 177 pr. D. de reg. jur. (50. 17), l. 16 §. 4 D. qui et a quib. libert. (40. 9). — — 27) l. 67 D. de contrah. emt. (18. 1). — — 28) l. 19 pr. D. de reg. jur. (50. 17).

tivbedingung der Verkäufer A sein directes Forderungsrecht unvermindert behalten hat [29]).

Ferner, wenn der negotiorum gestor, z. B. der Schuldner, welcher die dem Gläubiger vergeblich angebotene Zahlung mit der Bestimmung, daß sie an den Gläubiger restituirt werde, bei einem Dritten deponirt [30]), für den Geschäftsherrn eine während der Ungewißheit der Ratihabition ihrem Dasein nach unentschiedene utilis actio begründet und nun seine directa actio weiter cedirt, verpfändet u. s. w., so hat das letztere Geschäft Erfolg oder nicht, je nachdem der Geschäftsherr die ihm durch den Geschäftsführer nicht mehr zu vereitelnde Ratihabition [41]) ertheilt oder versagt und dadurch entscheidet, ob er oder der Geschäftsführer Herr der cedirten, verpfändeten u. s. w. Forderung gewesen ist.

Ebenso wenn der Gewerbsverwalter die aus den Mitteln des Gewerbsherrn, oder der Ehemann die aus Dotalmitteln erworbene Klage cedirt oder verpfändet; denn je nachdem der Gewerbsverwalter, beziehungsweise der Ehemann, Concurs macht oder nicht, wird der Cessionar beziehungsweise der Pfandgläubiger, oder der Gewerbsherr beziehungsweise die Ehefrau, Forderungsnachfolger, wenngleich der Gewerbsherr von seiner Forderungsnachfolge nur in dem seltenen Falle Nutzen ziehen kann, daß der Gewerbsverwalter nicht auch zu Cessionen und Verpfändungen durch seine Gewerbsgewalt ermächtigt war, indem der Gewerbsherr durch Ertheilung einer solchen Gewalt zu Gunsten der directa actio des Gewerbsverwalters auf seine utilis actio verzichtet haben würde [32]).

Endlich gestaltet sich in ähnlicher Weise auch das Verhältniß, wenn A an B eine Forderung verkauft oder verpfändet, die er bereits an C mit der Wirkung cedirt hat, daß C zwischen dem directe agere alieno nomine und dem utiliter agere proprio nomine wählen darf; denn obwohl der spätere Forderungsverkauf des A — anders als die spätere Verpfändung desselben [33]) — eine stillschweigende Zurücknahme des dem C gegebenen mandatum agendi enthält, so ist dadurch dem C doch nur das directe agere alieno nomine unmöglich gemacht, nicht aber das Recht entzogen, die utilis actio im eignen Namen anzustellen. Dem späteren Entschlusse des C bleibt also nach

---

[29]) l. 19 D. de her. vel act. (18. 4). — — [30]) S. Th. I, S. 442 ff. — — [31]) l. 24 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 24 D. de neg. gest. (3. 5), l. 58 pr. D. de solut. (46. 3). — — [32]) Außerdem sicherte die der Zulassung der utilis actio vorhergehende causae cognitio vor Unbilligkeit. l. 5 D. de stipul. praetor. (46. 5). S. Th. I, S. 406. 410. 419 ff. 498 ff. — — [33]) arg. l. 39 §. 2, l. 42 §. 4 D. de procur. (3. 3).

wie vor die Entscheidung überlassen, ob C oder B Forderungsnachfolger des A geworden sei. Verkauft oder verpfändet dagegen C seinerseits das ihm cedirte Klagerecht, so liegt darin bereits die Wahl der utilis actio ausgedrückt, weil nur eigenes, nicht fremdes Forderungseigenthum abgetreten oder verpfändet werden kann[34]). Der Käufer oder Pfandgläubiger erhält also das Recht, die utilis actio eigenthümlich oder pfandweise anzustellen, weil A durch den Verkauf oder die Verpfändung sich seinerseits rückwärts vom empfangenen Klagauftrage an zum Inhaber der utilis actio gemacht hat.

Zu II. Die Unentschiedenheit der zweiten Gattung bewirkt für den Fall, wenn A als Erbe des X an B eine Forderung verkauft oder verpfändet, die der Testator X unter einer Bedingung dem C vermacht hat, daß A nur unter der Voraussetzung des Nichteintritts der Bedingung mit Rechtsbestand cedirt oder verpfändet haben kann[35]), weil A selbst nur unter dieser Voraussetzung ein innerlich unbeschränktes Forderungseigenthum ererbt hat, unter der entgegengesetzten Voraussetzung des Eintritts der Bedingung aber das Forderungseigenthum in Gestalt der utilis actio ohne Weiteres an den Legatar verliert[36]), folglich bis zur Entscheidung der Bedingung nur ein der eventuellen Auflösung unterworfenes Forderungseigenthum an B abzutreten oder zu verpfänden im Stande gewesen ist; so jedoch, daß B, wenn die Bedingung des Legats nicht in Erfüllung geht, mit rückwirkender Kraft von Zeit des Forderungskaufs oder der Forderungsverpfändung angerechnet, Forderungseigenthum oder Forderungspfandrecht erhalten hat[37]).

Hat dagegen während des Schwebens der Bedingung C seine eventuelle utilis actio an D verkauft oder verpfändet, so ist zwar diese Abtretung oder Verpfändung an sich nicht ungültig, weil auch ungewisse zukünftige Rechte abgetreten oder verpfändet werden können[38]), D erhält aber nur für den Fall des bei Lebzeiten des C erfolgenden Eintritts der Bedingung und erst von da ab eine eigenthümlich oder pfandweise anzustellende utilis actio.

---

[34]) S. Th. I, S. 129 ff. Th. II, §. 22. — — [35]) l. 105 D. de condit. et demonstr. (35. 1), l. 16 D. quib. mod. usufr. (7. 4), l. 13 §. 1 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 66 D. de reiv. (6. 1), l. 3 §. 3 C. comm. de legat. (6. 43). — — [36]) l. 81 pr., l. 82 pr. D. de legat. I (30), l. 11 §. 1 D. quemadmod. serv. (8. 6). — — [37]) l. 14 D. de optione legati (33. 5) in Verbindung mit l. 3 D. qui et a quib. (40. 9) . . aut relictus tunc liber ostenditur. — cf. Fitting a. a. O. S. 85. — Cujac. (opp. VII, p. 1441). — — [38]) l. 3 C. de donat. (8. 54), l. 11 D. de her. vel act. (18. 4), über deren scheinbare Unvereinbarkeit mit l. 1, l. 7 D. eod. s. Mühlenbr., Ceff. S. 260 not. 31. — Vergl. Th. II, §. 29.

Fortsetzung.

Hiernach würden sich alle Anwendungen der Regel leicht und sicher machen lassen, wenn nicht die einzige Frage Schwierigkeit darböte: **Wie es während des Zustandes der Unentschiedenheit mit der Klagberechtigung zu halten sei?** §. 21.

Folgerichtig scheint geantwortet werden zu müssen: Im Fall der Unentschiedenheit zweiter Gattung ist der Cedent einstweilen unbehindert, direct zu klagen[1]), ebendaher der Cessionar nicht im Stande, die utilis actio zu verfolgen; im Fall der Unentschiedenheit erster Gattung dagegen kann einstweilen weder der Cedent direct, noch der Cessionar utiliter klagen, weil der Cessus nicht Gefahr laufen darf, mit einem Unberechtigten sich eingelassen zu haben[2]). Allein bei genauerer Betrachtung ergiebt sich, daß diese Art der Behandlung zwar bei Fällen der Unentschiedenheit zweiter Gattung (Vorwirkung) vollkommen angemessen und von den Rechtsbüchern gebilligt ist[3]), hingegen bei Fällen der Unentschiedenheit erster Gattung (Rückziehung) zweckwidrig und unausführbar sein würde. Da einerseits der Schuldner und — sofern es sich um Prioritätsfragen handelt — selbst andere Gläubiger des Schuldners zu der Forderung in einem solchen Rechtsverhältniß stehen, daß sie ohne Gefährde nicht einmal vorübergehend über die Person des Gläubigers in Ungewißheit schweben dürfen[4]), und da andererseits das gemeinsame Interesse des Cedenten und des Cessionars ebensosehr erheischt, die zum Schutze des Gläubigerverhältnisses gegebene Klagberechtigung keinen Augenblick in ihrer Wirksamkeit gehemmt zu sehen, so muß man auch während des Schwebezustandes die Ausübung der Klagberechtigung irgend einer bestimmten Person anvertraut denken, und was liegt näher, als anzunehmen, die Klagausübungsberechtigung gebühre, so lange der **Anfang** der utilis actio unentschieden sei — bei der aufschiebenden Bedingung — dem **Cedenten**,

---

1) l. 66 D. de reiv. (6. 1). — — 2) l. 1 §. 1 D. ad SCt. Maced. (14. 6) . . . interim igitur deneganda est actio. Vergl. Preuß. Landr. Th. I, Tit. 11, §§. 417. 418. Koch a. a. O. S. 167 ff. — — 3) l. 21 §. 2 D. de liber leg. (34. 3): Terentius Clemens lib. 12 ad leg. Jul. et Pap. Sed si sub conditione dato legato heres praeoccupaverit et exegerit debitum, aliud dici oportet, quia in arbitrio heredis esse non debet, ut quandoque conditione existente neque ipsi legatario debeatur legatum, si tum vivat et capere possit, neque ei, ad quem hoc commodum pervenit, si legatarius capere non possit. cf. l. 23 D. de pecul. leg. (33. 8). Heinecc. ad leg. Jul. et Pap. Popp. p. 394. — — 4) Seuffert, Arch. XIV, Nr. 225. S. Mühlenbr., Ceff. §. 50, S. 509 f.

dagegen so lange das Ende der utilis actio unentschieden bleibe, — bei der auflösenden Bedingung — dem Cessionar[5])?

In der That hat man diesen Ausweg ergriffen, und bevor die Ungewißheit über den bestehenden Zustand sich entschieden hat, einstweilen den Cedenten beziehungsweise Cessionar dergestalt als klagausübungsberechtigt angesehen, daß sowenig der Cessus als andere Gläubiger des Cessus deren Legitimation bestreiten dürfen, dafür aber auch, sofern sich später ausweiset, bei der aufschiebenden Bedingung, daß nicht der Cedent, sondern der Cessionar, und bei der auflösenden Bedingung, daß nicht der Cessionar, sondern der Cedent Herr des Klagerechts gewesen sei, dort den Cessionar und hier den Cedenten durch eine exceptio doli zwingen können, ihnen gegenüber die Handlungen, dort des Cedenten und hier des Cessionars, wie eigne gelten zu lassen[6]), wenn sie nur ihrerseits bereit sind, die etwa auf Unkosten des Berechtigten wider den Unberechtigten erworbenen Klagerechte — z. B. die durch Zahlung an den Unberechtigten wider denselben erworbenen condictiones ob causam — dem Ersteren abzutreten.

Besondere Zeugnisse der Rechtsbücher vermag ich freilich nur rücksichtlich des Falls beizubringen, wenn die Entstehung der utilis actio unentschieden ist; allein die Feststellung der diesen Fall betreffenden Regel genügt auch, um für den umgekehrten Fall, daß über die Wiederauflösung der utilis actio Unentschiedenheit obwaltet, die Anwendung der umgekehrten Regel als nothwendig erscheinen zu lassen. Die nachfolgende Erörterung beschränkt sich daher auf den Fall, daß die Entstehung der utilis actio unentschieden ist.

Um hier zunächst an eine Anwendung fingirter Cession zu erinnern, so darf der Schuldner, welcher die dem Gläubiger vergeblich angebotene Zahlung bei einem Dritten mit der Weisung, sie an den Gläubiger zu restituiren, deponirt und dadurch als negotiorum gestor für den Gläubiger eine utilis depositi actio gegen den Depositar begründet hat, bevor der Gläubiger Ratihabition erklärt, die deponirten Gegenstände zurücknehmen, ohne den Depositar einer wirksamen utilis actio des später ratihabirenden Gläubigers auszusetzen[7]). Da nämlich der negotiorum gestor durch Sinnesänderung die Wirksamkeit der dem Geschäftsherrn einmal freigestellten Ratihabition nicht zu beeinträchtigen vermag[8]), so kann das Rücknahmerecht des Schuld-

---

[5]) S. Mühlenbr., Ceff. §. 50, S. 510 f. Entsch. des Tribun. zu Celle Bd. 6, S. 63 f. — — [6]) S. Mühlenbr., Ceff. §. 50 S. 511. — — [7]) l. 19 C. de usur. (4. 32), l. 1 C. qui potior. (8. 18). S. Th. I, S. 443 f. — — [8]) l. 24 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 24 D. de neg. gest. (3. 5), l. 58 pr. D. de solut. (46. 3). Weber, natürl. Verbindlichkeit §. 89a. S. 378. Seuffert,

ners, welches natürlich im Fall der Noth auch durch gerichtliche Klage geltend zu machen ist, nur aus unserem Satze erklärt werden. Der Geschäftsführer darf dabei aber nicht vergessen, daß er die im Interesse des Geschäftsherrn begründete actio auch im Interesse des Geschäftsherrn zur Ausübung zu bringen verpflichtet ist[9]); denn wenn er auch den Schuldner befreiet, mag er im eignen Interesse oder im Interesse des Geschäftsherrn Klage erheben, Zahlung empfangen, Vergleiche schließen, immer bleibt er doch der actio negotiorum gestorum directa des Geschäftsherrn unterworfen, wenn er dabei nicht mit allem Fleiße den Vortheil des Geschäftsherrn zu fördern getrachtet haben sollte oder gar sich weigern wollte, das Empfangene dem Geschäftsherrn herauszugeben.

Ist dieses richtig, so muß für alle ähnliche Fälle der Geschäftsführung dasselbe gelten. Namentlich ist jeder Geschäftsführer, welcher Gegenstände mit der Anweisung, dieselben demnächst dem Geschäftsherrn auszuliefern, an einen Dritten verliehen, versetzt, zu Brautschatz, Nießbrauch oder zu einem anderen vorübergehenden Zwecke hingegeben hat, bis zur Ratihabition des Geschäftsherrn wegen unentschiedener Entstehung der auf fingirter Cession beruhenden utilis actio[10]) vermöge seiner directa actio als ausschließlich klagausübungsberechtigt anzusehen, gleichwohl aber unfähig, zu hindern, daß der Geschäftsherr oder dessen Erben[11]), so lange res integra ist, durch Genehmigung die utilis actio sich aneignen und nun den Quasicessus nicht bloß berechtigen, sondern sogar verpflichten, die directa actio des Geschäftsführers der utilis actio des Geschäftsherrn halber durch doli exceptio zurückzuweisen.

In der That stehen diese Grundsätze auch heute noch in lebhaftester Anwendung. Ich erinnere an das Verhältniß des Boten, der Post, des Frachtführers zum Absender des Briefes oder Frachtguts. Die Parteien haben zum Zweck entgeltlichen oder unentgeltlichen Transports durch Uebergabe und Annahme des betreffenden Gegenstandes einen unbenannten Realcontract geschlossen unter der vom Tradenten als Geschäftsführer des Adressaten oder Destinatärs hinzugefügten Bestimmung, daß die Rückgabe des Gegenstandes am Bestimmungsorte an den Adressaten oder Destinatär geschehen solle[12]). Unwiderruflich

---

prakt. Pandectenr. §. 345. Seuffert, Arch. XIV, Nr. 131. XV, Nr. 223. — Eine andere durch Obiges widerlegte Ansicht bei Bähr in Jahrb. für Dogmat. Bd. 1, S. 390 f. Pufendorf, obs. II, nr. 38 §. 8. Leyser, medit. sp. 519. 5. Seuffert, Arch. VII, Nr. 273. Zaun im Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. Bd. 1, S. 58 f. Nicht entgegen ist l. 82 D. de solut. (46. 3). — — [9]) l. 17 §. 3 D. commod. (13. 6), l. 21 §. 2 D. de neg. gest. (3. 5). — — [10]) S. Th. I, S. 439 ff. — — [11]) l. 3 §. 7 D. de neg. gest. (3. 5). — — [12]) l. 65

ist dadurch vom Absender für den Adressaten oder Destinatär eine auf fingirter Cession beruhende utilis actio praescriptis verbis begründet, welche der Letztere durch ausdrückliche oder stillschweigende Ratihabition der Geschäftsführung mit Rückwirkung sich aneignen kann, um gegen den Boten, die Post, den Frachtführer im eignen Namen auf Herausgabe der Sachen, eventuell sein Interesse, zu klagen [13]). Der Absender ist aber zugleich bis zur Ratihabition des Adressaten und Destinatärs dem Boten, der Post, dem Frachtführer gegenüber klagausübungsberechtigt geblieben, weshalb er bis dahin die aufgegebenen Briefe und Güter zurückfordern kann, ohne den Boten, die Post, den Frachtführer einer wirksamen Klage des Adressaten oder Destinatärs auszusetzen [14]).

Ein Gleiches findet Statt, wenn der Begründer der directa actio nur unter Bedingungen als Geschäftsführer gehandelt, mithin nur unter Bedingungen dem Geschäftsherrn den Erwerb einer utilis actio durch Ratihabition der Geschäftsführung möglich gemacht hat, vor Erfüllung der Bedingung, z. B. beim Deponenten, welcher die Rückgabe an einen Dritten bedungen hat, wenn dieser ein gewisses Lebensalter erreicht haben wird, vor dem Eintritt dieses Zeitpunktes [15]), beim Afterverpfänder, welcher für den Fall der vom ersten Verpfänder durch Zahlung seiner Schuld dem Afterpfandgläubiger geleisteten satisfactio die Rückgabe des Afterpfandstücks an den ersten Verpfänder ausgemacht hat, bevor diese Art der satisfactio geleistet worden ist [16]). Ebenso wenn der Geschäftsherr, welcher sich durch Ratihabition eine auf fingirter Cession beruhende utilis actio aneignen soll, zur Zeit noch unbestimmt ist, z. B. bei gerichtlichen Hinterlegungen, welche der Schuldner für den zur Zeit noch ungewissen Erben seines verstorbenen Gläubigers ausgeführt hat [17]), bei Stipulationsversprechen, welche der Geschäftsführer für eine ruhende Erbschaft, für einen vom Feinde gefangenen Bürger [18]),

---

pr. D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 14 §. 17 D. de furt. (47. 2). D. H. G. B. Art. 403. 405. 479. Postvereinsvertr. v. 18. Aug. 1860, Art. 34. Reglem. §. 24. 26. — — [13]) S. Th. I, S. 449 ff. D. H. G. B. Art. 403. 405. Neues Arch. f. Handelsr. Th. 1, S. 347. 359. Weniger zutreffende Constructionen dieses Verhältnisses in Betreff der Post finden sich im Arch. f. civ. Pr. Bd. 21, S. 142 ff. Bd. 36, Nr. VI. Bd. 37, Nr. VIII. Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 18, S. 339 ff. Müller, die de recepto actio S. 71 ff. Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. 16, S. 355 ff. und selbst bei Bähr in Jahrb. f. Dogmat. Bd. 6, S. 142. 170, wie bei Gad, Haftpflicht der deutschen Postanstalt. Abschn. VI. Eine Abweichung von der Regel enthält der Postvereinsvertr. Art. 25. 75 Nr. 6. — — [14]) D. H. G. B. Art. 402. 405. Postvereinsvertr. Art. 77. Reglem. §. 23. — — [15]) l. 78 §. 1 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). S. Th. I, S 444 f. — — [16]) l. 2 C. si pign. (8. 24). S. Th. I, S. 447 f. — — [17]) l. 18 §. 1 D. de usur. (22. 1). — — [18]) l. 3 C. de postlim. rev. (8. 59). S. Th. I, S. 421 not. 87.

für die künftigen Erben eines unmündigen Arrogirten entgegengenommen hat [19]), oder nach neuerem Rechte bei Einlagen, die Jemand als Geschäftsführer seiner etwaigen künftigen Frau in eine Wittwencasse gemacht hat, um der Frau für die Zeit nach seinem Tode auf gewisse Wittwenbezüge eine utilis actio praescr. verbis zu verschaffen [20]) ꝛc., da auch dergleichen Geschäftsführungen zulässig sind [21]) und inzwischen irgend einen Klagausübungsberechtigten aufgestellt haben müssen.

Was sodann die wirkliche Cession betrifft, so reden davon eine Reihe von Stellen, die in ihrer wahren Bedeutung selten gewürdigt sind und genauer ausgelegt werden müssen, um nicht von Neuem Mißverständnisse zu erwecken.

Vor allem gehören dahin die zwei nachstehenden Rescripte:

Imp. Gordianus A. Mutiano [22]).

Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quod si delegatione facta jure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet: cum per verborum obligationem voluntate novationis interposita, a debito liberatus sis. — P. P. 5 Id. Jun. Gordiano A. et Aviola Coss. — 240.

Impp. Severus et Antoninus A. A. Leonidae [23]).

Si pater tuus tibi sui juris constituto actionem adversus debitores suos mandavit: potuit et ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud judicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.

---

[19]) §. 3 J. de adopt. (1. 11), l. 40 D. de vulgari et pup. (28. 6). S. Th. 1, S. 221 f. — — [20]) S. Pfeiffer in Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 9, S. 474 ff. — — [21]) l. 3 pr. §. 6, l. 21 §. 1 D. de neg. gest. (3. 5), l. 5 §. 1, l. 6 §. 7. 8 D. eod., l. 14 §. 1 D. com. div. (10. 3). — — [22]) l. 3 C. de novat. et deleg. (8. 43). S. Th. II, S. 61 ff. cf. Ant. Faber conject. XII, cap. 6. Bähr in Jahrb. f. Dogmat. Bd. 1, S. 379 ff. — — [23]) l. 3 C. mandati (4. 35). S. Th. II, S. 61 ff. cf. Mühlenbr., Cess. S. 501 f.

Gordian's Rescript, aus einer Zeit stammend, in welcher die Fiction der Cession mit der Hingabe einer Forderung an Zahlungs Statt noch nicht verbunden war [24]), geht von dem einleuchtenden Satze aus, daß der Zweck des Mutianus, die Forderung seines Gläubigers B durch die Ueberweisung seines Schuldners C zu tilgen, nur in demselben Maße erreicht sei, als B für seine Forderung gegen Mutianus eine Forderung gegen C erworben habe [25]). Mutianus soll nämlich allerdings von seiner Schuld gegen B unter allen Umständen befreiet sein, wenn auf seine Anweisung eine Novationsstipulation zwischen B und C geschlossen ist; denn B hat nun entschieden für seine Forderung gegen Mutianus eine Stipulationsklage gegen C eingetauscht, mag B in dem ursprünglich zwischen Mutianus und C geknüpften Obligationsverhältnisse an Mutianus Statt Gläubiger [26]), oder C in dem früher zwischen Mutianus und B gegründeten Obligationsverhältnisse an Mutianus Statt Schuldner geworden sein [27]), wie jenes der Anfang (Si delegatio est interposita debitoris tui), dieses der Schluß des Rescripts (Quod si delegatione facta jure novationis tu liberatus es) voraussetzt. Dagegen ist Mutianus seiner Schuld gegen B nur bedingt enthoben, wenn keine Delegation (durch Stipulation oder Litiscontestation) [28]) vollzogen, sondern bloß von Mutianus dem B ein mandatum agendi ertheilt worden ist; denn da B in diesem Falle wählen kann, ob er direct in des Mutianus Namen oder utiliter im eignen Namen gegen C klagen, mit anderen Worten die Forderung des Mutianus erst mit der litiscontestatio in Form der obligatio judicii erwerben [29]), oder gleich mit dem mandatum agendi als utilis actio erworben haben will, so ist zur Zeit noch unentschieden, ob einerseits B schon ein eignes Klagerecht gegen C habe und andererseits Mutianus bereits von seiner Schuld gegen B entlastet sei oder nicht [30]). B muß erst seine Wahl treffen, um den Schwebezustand zu lösen und obige Alternative nach der einen oder anderen Seite hin festzustellen. B verzögert aber die Entscheidung und verklagt den C, welcher sein Schützling ist (quasi cliens), aus Schonung weder direct in des Mutianus, noch utiliter in eignem Namen, so daß Mutianus besorgt, C möge zahlungsunfähig werden und B sich dann da-

---

[24]) S. Th. I, S. 206 zu not. 79–81. — — [25]) Basil. XXVI, 5 c. 37 (Heimb. III, p. 113 sq.). — — [26]) Gaj. II, 38. l. 8 §. 4, l. 27, l. 31 §. 1 D. de nov. (46. 2). — — [27]) Gaj. III, 176. §. 3 J. quib. mod. toll. (3. 30). — — [28]) S. Th. II, S. 6 ff. — — [29]) S. Th. II, S. 107 ff. — — [30]) In der scheinbar widersprechenden l. 96 §. 2 D. de solut. (46. 3) ist der wahrscheinlich von den Compilatoren mit Rücksicht auf die im späteren Rechte der datio in solutum verbundene Cessionsdichtung ausgemerzte Satz hinzuzudenken, daß die Schwester ein mandatum agendi empfangen und für die utilis actio sich entschieden habe.

hin entscheiden, daß er ein neues Klagerecht gegen C noch nicht erlangt, folglich sein altes Klagerecht gegen Mutianus noch nicht verloren habe. Der Kaiser Gordian verkennt die daraus für Mutianus entspringende Gefahr keineswegs, giebt indeß zugleich das geeignete Hülfsmittel an, indem er rescribirt: Mutianus sei allerdings von B noch nicht unbedingt befreiet, dafür aber auch ungeachtet des dem B wider C ertheilten Klagauftrags noch insoweit Herr der überwiesenen Forderungen geblieben (actiones apud te remanserunt), daß er, so lange sein Cessionar B nicht litem contestirt oder etwas von der Schuld in Empfang genommen oder dem Schuldner denunciirt habe, selbst die Forderung gegen C beitreiben und auf diese Weise die Beitreibung des Cessionars hindern könne.

Gordian bezeugt hiernach:

1. der directa actio des Cedenten steht kein Hinderniß entgegen, bevor der procurator in rem suam litem contestirt oder einen Theil der Zahlung in Empfang genommen oder dem Schuldner denunciirt hat;

2. der directa actio des Cedenten steht ein Hinderniß entgegen, nachdem der procurator in rem suam litem contestirt oder einen Theil der Zahlung in Empfang genommen oder dem Schuldner denunciirt hat;

3. der procurator in rem suam muß — wenngleich mit stillschweigendem Vorbehalt seines Rechts auf Abtretung der dem Schuldner etwa gegen den Cedenten zustehenden condictiones ob causam — diejenigen Zahlungen anerkennen, welche dem Cedenten geleistet sind, bevor der procurator in rem suam litem contestirt oder einen Theil der Zahlung in Empfang genommen oder dem Schuldner denunciirt hat.

Alles dieses erklärt sich leicht, wenn man auch hier erwägt, daß zur Zeit des Rescripts die Fiction der Cession mit der Hingabe einer Forderung an Zahlungs Statt noch nicht verbunden war. Unter diesen Umständen hatte der überwiesene Schuldner den durch wirkliches mandatum agendi zum procurator in rem suam bestellten Gläubiger nicht ohne Weiteres statt des Cedenten als seinen Gläubiger zu betrachten, sondern die Entschließung des procurator in rem suam hinsichtlich der durch das mandatum agendi freigestellten Singularsuccession in das Klagerecht des Cedenten abzuwarten. So lange unentschieden war, was der procurator in rem suam wählen werde, ebenso lange hatte der

Schuldner die unveränderte Fortdauer des alten Schuldverhältnisses zum Cedenten vorauszusetzen. Der directa actio des Cedenten stand also kein Hinderniß entgegen, bevor der Cessionar entweder die directa actio im fremden Namen angestellt und litem contestirt, oder zum Gebrauche der utilis actio im eignen Namen sich entschlossen und diesen Entschluß, sei es in Handlungen — durch Empfangnahme eines Theils der Zahlung —, sei es in Worten — durch denunciatio — dem Schuldner zu erkennen gegeben hatte.

War dagegen in jenem Falle durch die litiscontestatio des procurator in rem suam die exceptio rei in judicium deductae, und in diesem Falle durch die stillschweigend (mittelst Empfangnahme eines Theils der Zahlung) oder ausdrücklich (mittelst denunciatio) erklärte Wahl der durch das mandatum agendi eröffneten Succession in das Klagerecht des Cedenten die exceptio doli für den Schuldner begründet worden, so stand fortan der directa actio des Cedenten dieses oder jenes Hinderniß entgegen.

Hatte der Schuldner aber, bevor das eine oder das andere Hinderniß der actio directa entgegengetreten war, der gerichtlichen oder außergerichtlichen Zahlungsforderung des Cedenten Folge gegeben und den Cedenten durch Zahlung oder ein sonstiges Abkommen befriedigt, so war dadurch die directa actio geradezu ausgeschlossen, mochte sie der Cedent oder im Namen des Cedenten der Cessionar anzustellen versuchen. Es war aber auch der utilis actio des Cessionars eine exceptio doli erwachsen, obwohl sich offenbart hatte, daß die Forderung schon seit dem mandatum agendi dem Cessionar gebührte. Denn der Cessionar, welcher den Hergang durch die Verzögerung der Offenbarung selbst verschuldet hatte, war in dolo praesenti, wenn er unbekümmert um das inzwischen vom Schuldner Geschehene auf Grund seines nachträglichen Entschlusses die utilis actio gegen den Schuldner durchzuführen trachtete, als ob dem Schuldner die Nichtberücksichtigung des Gläubigerwechsels zur Last fiele [31]).

Dem Cedenten war auf diese Weise die Klagberechtigung, falls der Cessionar später direct im Namen des Cedenten auftrat, rechtlich, und falls ihm später utiliter im eignen Namen vorzugehen beliebte, wenigstens thatsächlich verblieben, was den Schuldner in beiden Fällen in den Stand setzte, den Cessionar zur Anerkennung der inzwischen dem Cedenten geleisteten Zahlung u. s. w. anzuhalten, wenngleich er im letzteren Falle zugleich bereit sein mußte, die etwa durch die Zahlung u. s. w. gegen den Cedenten erlangten Rückforderungsklagen dem Ces-

---

31) l. 155 pr., l. 203 D. de reg. jur. (50. 17), l. 12 D. de exc. doli (44. 4), l. 11 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2).

sionar abzutreten, um den Vorwurf abzuwenden, als strebe er durch die exceptio doli nicht bloß Schaden zu vermeiden, sondern auf Unkosten des Cessionars Gewinn zu machen [32]).

Man braucht also nur, wie sich für jeden mit den Eigenthümlichkeiten beider Klagen einigermaßen vertrauten Leser von selbst versteht, die litiscontestatio auf die vom Cessionar im Namen des Cedenten abzusetzende directa actio, die Empfangnahme einer Abschlagszahlung und die Denunciation auf die vom Cessionar im eignen Namen zu erhebende utilis actio zu beziehen, um alle Schwierigkeiten des Rescripts gelöst und alles Frühere bestätigt zu finden. Man wird zu dieser verschiedenen Beziehung überdies gedrängt durch die Veranlassung des Rescripts, welche erforderte, daß der Kaiser Gordian alle Eventualitäten berücksichtigte und darauf Bedacht nahm, nicht weniger für den Fall, wenn direct im Namen des Cedenten, als für den anderen Fall, wenn utiliter im eignen Namen vom Cessionar geklagt werden sollte, den Zeitpunkt festzustellen, bis zu welchem der Cedent das Klagerecht ohne Hinderniß ausüben konnte.

Derselbe Hinblick auf die Veranlassung des Rescripts trägt dazu bei, den gefährlichen Irrthum fern zu halten, als ob die der litiscontestatio, der Empfangnahme eines Theils der Zahlung oder der denunciatio gleichmäßig zugeschriebene Wirkung über die Hervorbringung eines der directa actio des Cedenten entgegentretenden Hindernisses hinausreiche. Denn trotz dieser gemeinsamen Wirkung, auf welche es bei dem Rescripte allein ankam, bleibt zwischen dem directe agere alieno nomine und dem utiliter agere suo nomine der in der Natur der Sache begründete Unterschied bestehen, daß der Vermögensübergang vom Cedenten auf den Cessionar dort erst mit der litiscontestatio sich vollzieht, hier aber durch die spätere Antretung der durch das mandatum agendi eröffneten Succession auf den Zeitpunkt des mandatum agendi zurückgezogen und durch die Empfangnahme eines Theils der Zahlung oder durch die denunciatio nur als ein schon in der Vergangenheit eingetretener nachträglich in Gewißheit gesetzt wird; daß daher die Nöthigung des Cessionars zur Anerkennung der inzwischen dem Cedenten geleisteten Zahlung bei der directa actio — soweit von der ebenfalls begründeten Annahme eines stillschweigenden Widerrufs der Klagermächtigung abgesehen wird — mittelst einer das Klagerecht als ipso jure getilgt darstellenden Bestreitung (defensio) zu bewerkstelligen ist, bei der utilis actio dagegen

---

32) l. 6 §. 2 D. de jure dot. (23. 3), l. 17 §. 4 D. de institor. act. (14. 3), l. 10 §. 3 D. mand. (17. 1).

mittelst einer Einrede (exceptio), welche bloß die Wirksamkeit des in seinem fortdauernden Rechtsbestande unbestrittenen Klagerechts, insoweit sie dem Schuldner unverschuldeten Nachtheil zufügen würde, als unbillig bekämpft; daß ebendaher nicht im ersten, wohl aber im zweiten Falle von einer dem Schuldner gegen den Cedenten erwachsenen und vom Schuldner an den Cessionar abzutretenden condictio indebiti die Rede sein kann. Alle diese Unterschiede konnte oder mußte vielmehr der Kaiser verschweigen, wenn er den Inhalt des Rescripts dem löblichen Herkommen gemäß auf das Erhebliche beschränken wollte.

Im zweiten der oben abgedruckten Rescripte finden wir die entschiedene Bestätigung dieser dem ersten Rescripte gegebenen Deutung.

Die Kaiser Sever und Antonin beugen durch die ausdrückliche Erwähnung des Statt gehabten mandatum agendi unter Verschweigung der causa cessionis von vorn herein jeder Beziehung des Rescripts auf einen Fall fingirter Cession vor und entscheiden sodann: der Vater, welcher seinem gewaltfreien Sohne das Klagerecht gegen seine Schuldner durch Ertheilung eines mandatum agendi abgetreten habe, könne, dafern er gegenwärtig, selbst noch gegen dieselben klagen, so lange res integra sei, ohne daß der Cessionar das vom Cedenten vor Gericht Verhandelte irgendwie umzustoßen vermöge.

Hiermit ist abermals bezeugt, daß

1. der directa actio des Cedenten kein Hinderniß im Wege steht, so lange res integra ist;

2. der directa actio des Cedenten ein Hinderniß entgegentritt, sobald res integra zu sein aufhört;

3. der Cessionar nicht anzufechten im Stande ist, was der Schuldner mit dem Cedenten abgemacht hat, bevor res integra zu sein aufhörte.

Weiß man nun, daß res integra zu sein aufhört mit der litiscontestatio, wenn der procurator in rem suam die directe Klage im Namen des Cedenten anstellt, dagegen, wenn der Cessionar für den Gebrauch der im eignen Namen anzustellenden utilis actio sich entscheidet, mit der dem Schuldner davon gewordenen Kunde: so ist der Inhalt dieses Rescripts mit dem eben erörterten Inhalte des Gordianschen Rescripts vollkommen übereinstimmend, nur daß die Kaiser Sever und Antonin in dem allgemeinen Ausdrucke re integra dasjenige zusammenfassen, was Gordian rücksichtlich der directa actio alieno nomine in der litiscontestatio und rücksichtlich der utilis actio suo nomine in der Emfangnahme einer Abschlagszahlung und in der De-

nunciation besonders hervorzuheben für angemessen erachtet; Verschiedenheiten des Ausdrucks, welche bei der Verschiedenheit des Anlasses und Zweckes beider Rescripte kein Befremden erregen dürfen.

Nichtsdestoweniger hält Bähr [33]) beide Rescripte für interpolirt, um sie ausschließlich vom Delegationsstandpunkte erklären zu können. In dem Rescripte Gordian's soll die veränderte Construction bei den Worten: antequam lis contestetur und: vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit (sc. creditor tuus) anzeigen nicht etwa, wie wir meinen, daß Gordian bei den ersten Worten das directe agere alieno nomine, bei den letzten das utiliter agere suo nomine im Sinne gehabt habe, sondern daß nur die ersten Worte von Gordian herrühren, die letzten aber von Tribonian zugesetzt seien. In dem Rescripte Sever's und Antonin's dagegen soll die Allgemeinheit des Ausdrucks: re integra vermuthen lassen, daß ursprünglich statt dessen der litiscontestatio Erwähnung geschehen sei. Bähr hätte außerdem anführen können hinsichtlich des ersten Rescripts, daß eine Basilikenscholie [34]) den Inhalt desselben wiedergiebt, ohne der Stückzahlung und der Denunciation zu gedenken, und hinsichtlich des zweiten Rescripts, daß sogar der Text der Basiliken [35]) — freilich unter Veränderung des procurator in rem suam in einen procurator in rem alienam — den Worten re integra die Litiscontestation substituirt und insofern selbst die ursprüngliche Beziehung des Rescripts auf eine Schenkung nicht unwahrscheinlich macht [36]). Allein sollten auch die Compilatoren der von Bähr geargwohnten Veränderungen wirklich so überführt sein, wie sie derselben meines Erachtens höchstens verdächtig sind: was wäre damit gewonnen? — Der veränderte Inhalt der erwähnten Rescripte würde als sicherer Ausdruck des Justinianeischen Rechts erscheinen und nur um so sorgfältigere Berücksichtigung erheischen. Der Standpunkt Bähr's könnte also nur beitragen, denjenigen, welcher nicht das Recht der Vergangenheit, sondern das Recht der Gegenwart kennen zu lernen beabsichtigt, vollends in unser Lager zu treiben, zumal mit unserer Erklärung alle anderen hierher gehörigen Stellen im besten Einklange stehen. Ich nenne vor allen das früher schon erwähnte Bruchstück Ulpian's [37]), welches dem procurator in rem suam bei der Proceßerhebung und Geldeinziehung vor dem Cedenten den Vorrang einräumt, weil er im eignen Namen utiles actiones habe und solche des vom Cedenten erhobenen Wider-

---

33) a. a. O. S. 379. 392. 499 f. — — 34) Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21). — — 35) Basil. XIV, 1 c. 65 (Heimb. II, p. 146). S. Th. II, S. 62. — — 36) S. Th. II, S. 62. — — 37) l. 55 D. de procur. (3. 3). S. Th. I, S. 17. Th. II, S. 63.

spruchs ungeachtet durchzusetzen vermöge. Da nämlich der procurator in rem suam durch die im eignen Namen gerichtlich oder außergerichtlich erhobene Zahlungsforderung die Wahl der durch das mandatum agendi alternativ zu Gebote gestellten Succession in das Klagerecht des Cedenten unzweideutig erklärt hat: so ist der Schuldner fortan verpflichtet, statt des Cedenten den procurator in rem suam als seinen Gläubiger zu betrachten und bei Vermeidung doppelter Zahlung die directa actio des Cedenten durch exceptio doli abzuweisen, woraus der Vorrang des procurator in rem suam von selbst sich ergiebt.

Sodann folgende Stelle:

Marcianus lib. singul. ad formul. hypothec.[38]).

. . . Si a parte creditoris procurator in rem suam exstiterit, paciscendo inutilem sibi faciet hypothecariam actionem, in tantum, ut putem recte dici, et dominis litis hoc casu nocere hanc exceptionem.

Der procurator in rem suam, welcher durch pactum die hypothekarische Klage sich (sibi) unwirksam macht, erklärt damit, die Klage als eine durch das mandatum agendi in sein Vermögen übergegangene (utiliter suo nomine) behandeln zu wollen, und der Schuldner, welcher der directa actio des Cedenten die auf dieses pactum gestützte exceptio in factum opponirt, beruft sich ebendadurch auf den durch das pactum vom procurator in rem suam bethätigten Entschluß, das Klagerecht als ein durch das mandatum agendi seinem Vermögen einverleibtes anzusehen, mit anderen Worten, auf die Wahl der mit dem mandatum agendi eröffneten Succession in das Klagerecht des Cedenten.

Die auf das pactum gestützte exceptio in factum steht also ganz gleich derjenigen exceptio in factum, welche etwa auf die Empfangnahme eines Theils der Zahlung oder auf die Denunciation des Cessionars gegründet wird. Beide sind geeignet, die exceptio doli zu vertreten, weil in beiden die Berufung auf den vom Cessionar ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Eintritt in das Eigenthum der Forderung als gleicher Kern enthalten ist.

Endlich nachstehende Entscheidung, welche besonderes Interesse gewährt, weil sie theils die nahe Verwandtschaft unseres Verhältnisses mit der Universalsuccession ungemein klar zur Anschauung bringt, theils

---

[38]) l. 8 §. 2 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. Th. II, S. 111.

die in den bisherigen Stellen nur auf den Cessus angewandten Grundsätze in Betreff der Prioritätsfrage auf andere Gläubiger des Cessus überträgt.

Ulpianus lib. 63 ad Edictum [39]).

Fiscus, cum in privati jus succedit, privati jure pro anterioribus suae successionis temporis utitur: caeterum postquam successit, habebit privilegium suum. Sed utrum statim, atque coepit ad eum pertinere nomen: an vero postea quam convenit debitorem, an postea quam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur. et quidem usuras exinde pétit fiscales, et si breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem. At in privilegio varie rescriptum est: puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum nomen relatum est.

Bei der deferirten Universalsuccession gilt als Regel: die spätere Erklärung des Erben setzt den Zustand auch für die Vergangenheit fest, so daß bei einer annehmenden Erklärung unterstellt wird, die Succession des Erben in das Vermögen des Erblassers sei unmittelbar mit dem Tode des letzteren vor sich gegangen [40]), bei einer ablehnenden dagegen, die Succession des Erben sei überall nicht eingetreten [41]). Diese Regel genügt aber nicht, um während des Zustandes der Schwebe — von den Römern zuweilen etwas übertrieben Zustand der Herrenlosigkeit genannt [42]) — die Erbschaft als eine Vermögenseinheit zusammenzuhalten. Sie wird daher in der Zwischenzeit — soweit möglich [43]) — durch eine zweite Fiction ergänzt, dahin gehend, daß die Person des Erblassers in der unerworbenen Erbschaft fortdaure und fortwirke [44]). Vermöge dieser letzteren Fiction werden für die Erbschaft

---

39) l. 6 pr. D. de jure fisci (49. 14). — cf. Cujac. obs. XIX, 2. — Dernburg, Pfandr. Th. 1, S. 343 ff. Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 660. — — 40) l. 193 D. de reg. jur. (50. 17), l. 138 pr. D. eod., l. 54 D. de acquir. vel omitt. her. (29. 2), l. 28 §. 4 D. de stipul. serv. (45. 3). Ueber die Bedeutung von funesta familia s. Liv. II, 47. Cic. de legg. II, 22. — — 41) l. 13 pr. D. de acquir. vel omitt. her. (29. 2), l. 4 C. de repud. her. (6. 31). — — 42) l. 13 §. 2 D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 3 pr. D. de pecul. (15. 1), l. 1 pr. D. de successor. ed. (38. 9), l. 13 §. 5 D. quod vi aut cl. (43. 24), l. 6 D. expil. her. (47. 19), l. 1 pr. D. de rer. divis. (1. 8), l. 64 D. de hered. instit. (28. 5). — — 43) pr. J. de stipul. serv. (3. 17) . . in plerisque. l. 61 pr. D. de acquir. rer. dom. (41. 1) . . in multis partibus juris. l. 15 D. de usurpat. (41. 3) . . in quibusdam. cf. l. 61 §. 1 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 26 D. de stipul. serv. (45. 2), l. un. §. 1 D. quando dies ususfr. (7. 3). Köppen, Erbr. I, S. 226 ff. — — 44) §. 2 J de her. inst. (2. 14), pr. J. de stipul. serv. (3. 17), l. 33 §. 2, l. 34 D. de

Rechte und Pflichten begründet, wie wenn der Erblasser noch lebte [45]); allein diese Rechte und Pflichten werden dann später auf den Erben doch so übertragen, als ob der Erbe schon seit des Erblassers Tode Erbe gewesen wäre. Unwiderleglichen Beweis [46]) liefert die actio injuriarum aestimatoria, womit der Erbe einen dem Leichnam des Erblassers oder einem Erbschaftssklaven vor der Erbschaftsantretung angethanen Schimpf gleich einem demselben nach der Erbschaftsantretung angethanen [47]) im eignen Namen, d. h. als eine ihm selbst widerfahrene Beleidigung verfolgt [48]); denn berücksichtigt man die Unvererblichkeit der actio injuriarum [49]) und die daraus folgende Unmöglichkeit, die Klage wegen einer dem Leichnam des Erblassers oder dem Erbschaftssklaven angethanen Beleidigung aus dem Rechte des Erblassers (hereditario nomine) zu begründen, so erscheint jenes Resultat nur auf dem Wege erreichbar, daß diejenige Fiction, vermöge welcher die actio injuriarum vor der Erbschaftsantretung der Erbschaft und der darin als fortlebend gedachten Person des Erblassers erworben worden ist, nach der Erbschaftsantretung der anderen Fiction Platz macht, zufolge deren der Erbe seit dem Tode des Erblassers als Erbe betrachtet wird. Der für diesen Fictionswechsel gebrauchte Ausdruck: die actio werde der Erbschaft und so vermittelst der Erbschaft dem Erben erworben, findet sich auch bei anderen während des Ruhens der Erbschaft begründeten Klagen [50]) und beweist, daß der Klagübergang von der Erbschaft auf die Erben ganz allgemein in der angegebenen Weise vermittelt wird, zumal kaum unter einer anderen Voraussetzung erklärlich ist,

---

acquir. rer. dom. (41. 1), l. 116 §. 3 D. de legat. I (30), l. 31 §. 1 D. de her. inst. (28. 5), l. 9 C. depos. (4. 34), l. 52 D. de her. inst. (28. 5), l. 40 D. de usurpat. (41. 3), cf. l. 14, l. 15, l. 16 §. 3, l. 36 §. 2 D. de her. pet. (5. 3), l. 13 §. 1 D. de servo corrupto (11. 3). — — [45]) l. 1 §. 6 D. de injur. (47. 10). — — [46]) Eine Widerlegung ist es am wenigsten, mit Köppen (Erbschaft S. 80 ff. Erbr. I, S. 232 ff.) hier ein jus singulare anzunehmen, obgleich schon Julian schreibt, es sei kein Zweifel, daß die act. in jur. der Erbschaft erworben werde, wenn man den Leichnam des Erblassers vor Antretung der Erbschaft zurückhalte. — — [47]) l. 1 §. 4 D. de injur. (47. 10). — — [48]) l. 1 §. 6 D. de injur. (47. 10). Schol. 2 zu Basil. XVIII, 1 c. 5 §. 8 (Heimb. II, p. 227. suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 168 not. 13), cf. Schol. 4 zu Basil. LX, 4 c. 43 (Heimb. V, p. 314): ὧν ἡ ἀγωγὴ τοῦ κληρονόμου ἐστὶ καὶ οὐ τοῦ διαθεμένου — quarum nomine actio heredis est, non testatoris. — — [49]) l. 13, l. 15 §. 4 D. de injur. (47. 10), l. 10 §. 1 D. si quis caut. (2. 11), §. 1 J. de perpet. et tempor. act. (4. 12), l. 32 pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2). — — [50]) pr. J. de stipul. serv. (3. 18), l. 15 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 13 §. 5 D. quod vi aut cl. (43. 24), cf. l. 16 D. de O. et A. (44. 7), l. 11 §. 2. 3 D. de acceptil. (46. 4), l. 43 D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 66 §. 2 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), cf. l. 55 §. 1 D. de legat. II (31).

daß einerseits die vom Erbschaftssklaven auf den Namen des todten Erblassers abgeschlossene Stipulation nach der Erbschaftsantretung dem Erben nicht zu Theil fällt, weil sie vor der Erbschaftsantretung der Erbschaft nicht erworben wird[51]), und daß andererseits die durch Beschädigung eines Erbschaftssklaven der Erbschaft und durch die Erbschaft dem Fiduciarerben erworbene actio legis Aquiliae durch die Erbschaftsrestitution auf den Fideicommissar nicht übergeht, weil sie den hereditariae actiones oder — wie Paulus sich ausdrückt — denjenigen actiones, quae ex bonis defuncti pendent, nicht angehört[52]), daß die poena trajectitiae pecuniae nach dem Tode des Schuldners vor der Erbschaftsantretung ebenso verfällt: ac si fuisset heres debitoris[53]), daß die einem Erbschaftssklaven dem Willen des Testators gemäß vom Erben schon vor der Erbschaftsantretung ertheilte Freiheit nach der späteren Antretung des Erben convalescirt[54]), daß auch derjenige dem interdictum quod vi aut clam unterliegt, welcher einer hereditas jacens gegenüber Handlungen vornimmt, die voraussichtlich von den zur Erbschaft Berufenen, wenn sie Kunde gehabt hätten, wären verhindert worden[55]), daß die Gültigkeit der Stipulation des Erbschaftssklaven von der Bedingung der späteren Erbschaftsantretung abhängt[56]), daß die vor der Erbschaftsantretung einem Erbschaftssklaven verkaufte, übergebene und wieder abhanden gekommene Sache den Erben berechtigt, nach der Erbschaftsantretung die Publicianische Klage anzustellen, quasi ipse possedisset[57]), daß Pomponius aus dem Standpunkte nach der Erbschaftsantretung von der bedingten Stipulation, deren Bedingung während des Ruhens der Erbschaft in Erfüllung gegangen ist, sagen kann: transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet[58]), daß derjenigen Stipulation des Erbschaftssklaven, welche für den künftigen Erben als solchen[59]), und nicht etwa bloß für einen bestimmt bezeichneten

---

[51]) l. 41 D. de reb. cred. (12. 1), l. 18 §. 2 D. de stipul. serv. (45. 3). — — [52]) l. 66 §. 2 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — [53]) l. 9 D. de naut. foen. (22. 2), cf. l. 77 D. de V. O. (45. 1). — — [54]) l. 20 §. 1 D. de condit. instit. (28. 7). Der Versuch Köppen's (Erbschaft S. 135), die Stelle durch Betonung der Worte: secundum voluntatem testatoris zu erklären, scheitert außer anderem an den Basiliken (XXXV, 12 c. 20 §. 1. Heimb. IV, p. 603), in welchen diese Worte ganz fehlen. — — [55]) l. 43 D. ad leg. Aquil. (9. 2). — — [56]) l. 73 §. 1 D. de V. O. (45. 1), cf. l. 18 §. 2 D. de stipul. serv. (45. 3). — — [57]) l. 9 §. 4 D. de Publ. act. (6. 2). — — [58]) l. 24 D. de novat. (46. 2). Die Leseart der Vulgata: transit ad heredem illius, cujus personam interim hereditas sustinet, wird durch die Florentina und die Basiliken widerlegt. cf. Basil. XXVI, 4 c. 24 (Heimb. III, p. 112). Schol. 44 zu Basil. XVII, 1 c. 20 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 143). — — [59]) l. 28 §. 4, l. 35 D. de stipul. serv. (45. 3).

Dritten, der zufällig später Erbe wird[60]), abgeschlossen ist, dieselbe Kraft beigelegt wird, als der Stipulation für die Erbschaft[61]), daß endlich Javolenus kein Bedenken trägt, zu schreiben: Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur[62]).

Die Nachtheile, welche dieser Fictionswechsel nach sich ziehen kann, sind natürlich für den Erben unabwendbar, für jeden Dritten dagegen durch exceptio und replicatio doli vermeidlich; denn — sagt Paulus — factum cuique suum, non adversario nocere debet[63]). Hat z. B. der Erbe, welcher eine unverzinsliche Schuld erbt, aus eigner Person gegen den Erbschaftsgläubiger eine verzinsliche Forderung, so muß er sich gefallen lassen, daß schon seit dem Tode des Erblassers diese Forderung durch jene Schuld als aufgehoben betrachtet wird[64]); ist dagegen die unverzinsliche Forderung eines Privatmanns an den Fiscus vererbt, so wird der Fiscus durch exceptio doli behindert, für die Zwischenzeit vom Tode des Erblassers bis zur Erbschaftsantretung oder vielmehr bis zu der dem Schuldner zugegangenen Kunde derselben fiscalische Zinsen zu fordern[65]); hat der Geschäftsführer einer unerworbenen Erbschaft bei einem Unternehmen, welches einen unglücklichen Erfolg hatte, den Grundsätzen und Gewohnheiten des Erben gemäß gehandelt, so muß der Erbe den Erfolg hinnehmen, obgleich das Unternehmen den Grundsätzen und Gewohnheiten des Erblassers widersprochen hätte; der Erbe wird aber auch im umgekehrten Falle, wenn das Unternehmen nicht seinen, sondern des Erblassers Grundsätzen und Gewohnheiten entsprochen hat, durch exceptio doli außer Stand gesetzt, den Erfolg des Unternehmens abzulehnen[66]); der Privatmann, welcher — z. B. durch den bedingten Kauf einer Erbschaft — nach

---

60) l. 16, l. 18 §. 2 D. de stipul. serv. (45. 3), l. 27 §. 10 D. de pact. (2. 14). Schol. 39—41 zu Basil. XI, 1 c. 27 §. 10 (Heimb. I, p. 610 sq. cf. l. 41 D. de reb. cred. (12. 1) und Schol. 10 zu Basil. XXIII, 1 c. 43 (Heimb. II, p. 639). Ferner l. 90 D. de legat. I (30). — — 61) l. 35 D. de stipul. serv. (45. 3). — — 62) l. 22 D. de usurp. (41. 3), cf. l. 13 §. 2 D. ad leg. Aquil. (9. 2). Schol. 8 zu Basil. LX, 3 c. 13 §. 2 (Heimb. V, p. 277), Nov. 48 pr. c. 1 §. 1. — Nur scheinbar widerstreitend sind l. 8 D. de reb. cred. (12. 1), l. 25 D. de solut. (46. 3). — — 63) l. 155 pr. D. de reg. jur. (50. 17), Cic. de offic. III, 17. . . . hoc secundum naturam est, neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscitia. — — 64) Krug, Compens. S. 165. Sintenis, Civilr. II, S. 414. A. M. ist ohne Grund Dernburg, Compens. S. 383. — — 65) l. 6 pr. D. de jure fisci (49. 14). S. S. 224 ff. — — 66) l. 11 pr. D. de neg. gest. (3. 5), l. 10 §. 1 D. eod., l. 10 D. eod. (2. 19). A. M. ist Dankwardt, neg. gest. S. 29 not. 14. Vergl. Köppen, Erbrecht I, S. 219 not. 34. Erbschaft S. 84.

Eintritt der Bedingung rückwärts Universalsuccessor des Fiscus geworden ist[67]), kann von dessen persönlichem Zinsbefreiungsvorrechte auch für die Zeit der Schwebe keinen Gebrauch machen[68]), obgleich der Fiscus als Erbe eines wegen Verzugs zur Zahlung von Zinsen verpflichteten Privatmanns den Versuch, seit dem Tode des Erblassers von seinem Vorrechte der Zinsbefreiung Gebrauch zu machen, wegen entgegenstehender replicatio doli ebenfalls nicht durchzusetzen vermag[69]); der mündige Erbe eines unmündigen Erblassers ist nicht im Stande, die volle Haftung für die von einem Dritten für die ruhende Erbschaft besorgte Geschäftsführung zu verweigern, obwohl auch der unmündige Erbe eines mündigen Erblassers die Haftung für die von einem Dritten für die unerworbene Erbschaft besorgte Geschäftsführung auf die Bereicherung zu beschränken, durch replicatio doli oder vielmehr gleich durch prätorische Versagung oder judicielle Verwerfung der zu jenem Zweck von ihm vorgeschützten exceptio doli verhindert sein würde[70]); der Ehemann, dessen Frau den Nachlaß eines Fremden beraubt, kann als Erbe dieses Fremden seine Frau wegen des Verbrechens nicht anklagen, weil es so angesehen wird, als sei er sofort nach des Erblassers Tode dessen Nachfolger geworden[71]); es kann aber auch der Erbe die Ehefrau seines Erblassers wegen Erbschaftsberaubung nicht anklagen, weil der Letzteren die Fiction der Fortdauer ihres Ehemanns in der ruhenden Erbschaft zur Seite steht[72]).

Aus alle diesem ergiebt sich, daß die Unentschiedenheit der Universalsuccession und die Unentschiedenheit der Singularsuccession in Forderungsrechte gleichen Grundsätzen unterliegt und Ulpian guten Grund hatte, in dem zur Erklärung stehenden Bruchstücke diese Grundsätze bei der Succession im Allgemeinen, d. h. in Ermangelung jeder Unterscheidung bei der Universal- und Singularsuccession, in ungetrennter Gemeinschaft zur Anschauung zu bringen.

Ulpian beginnt demgemäß mit dem allgemeinen Grundsatze, daß der Fiscus, welcher — einerlei ob titulo universali oder titulo singulari[73]) — in das Recht eines Privatmanns succedirt, zwar für die

---

67) l. 54 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 1 C. de her. vel act. (4. 39), l. 41 D. de jure fisci (49. 14). — — 68) l. 196, l. 68 D. de reg. jur. (50. 17). — — 69) l. 17 §. 5 D. de usur. (22. 1). — — 70) l. 21 §. 1 D. de neg. gest. (3. 5). Schol. 42 zu Basil. XVII, 1 c. 21 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 143), cf. l. 59 D. de reg. jur. (50. 17). — — 71) arg. l. 3 §. 2 D. rer. amotar. (25. 2). — — 72) l. 5 D. expil. her. (47. 19), l. 4 C. eod. (9. 32), l. 33 D. de neg. gest. (3. 5). — — 73) tit. C. de his, qui in priorum creditorum locum succedunt (8. 19), l. 2 C. eod. pecuniam fisco intuleris et jure privilegio ejus successisti.

der Succession vorhergegangene Zeit das Recht des Privatmanns gebrauchen müsse, dagegen für die der Succession nachfolgende Zeit seines Vorrechts theilhaftig werde. Dieser auch an anderen Orten ausgesprochene oder angewandte Grundsatz[74]) erhält hier jedoch die nähere Bestimmung, daß der Fiscus von seinem Zinsenprivilegium erst Nutzen ziehen könne, nachdem er den Entschluß, Nachfolger zu werden, gefaßt und dem Schuldner zu erkennen gegeben habe (postquam convenit debitorem), und von seinem privilegium exigendi oder seinem Pfandrechtsprivilegium gar erst, nachdem der Schuldner als Schuldner des Fiscus in dessen Schuldbuch eingetragen und damit seine Schuld liquide und zur executivischen Beitreibung reif gemacht[75]) worden sei.

Obgleich nämlich der Fiscus in der That den Zeitpunkt, mit welchem er als Erbe, beziehungsweise als utiliter im eignen Namen berechtigter Cessionar in das Recht des Privatmanns eingetreten ist oder, mit Ulpian's Worten, seit welchem das nomen ihm zu gehören angefangen hat (coepit ad eum pertinere nomen), dort auf den Tod des Erblassers, hier auf den Empfang des mandatum agendi zurückziehen und demgemäß seine Klage einrichten muß[76]): so ist es doch nicht minder wahr, daß vor der ausdrücklich oder stillschweigend abgegebenen Erklärung des Fiscus, dort Universal-, hier Singularsuccessor sein zu wollen, ein Zustand der Unentschiedenheit obwaltet. Der Schuldner, und wer sonst bei der Gewißheit über die Person des Gläubigers rechtlich interessirt ist, darf die Gefahr dieser lediglich dem Nachfolger nützenden Unentschiedenheit von sich ablehnen, und unbekümmert um die möglicherweise entgegengesetzt ausfallende Entscheidung einstweilen davon ausgehen, daß dort nach dem Tode in der hereditas und hier nach dem mandatum agendi in dem nomen die Person des Vorgängers fortwirke, bis die Entschließung des Fiscus über die anheimgestellte Nachfolge bekannt wird. Der succedirende Fiscus hat demnach diejenige Entwickelung, welche das betreffende Rechtsverhältniß inzwischen ohne dolus der Betheiligten[77]) auf diesem Standpunkte erfährt, anzuerkennen, oder seinerseits eine exceptio doli zu gewärti-

---

[74]) l. 17 §. 6, l. 43 D. de usur. (22. 1), l. 3 §. 7 D. de jure fisci (49. 14), cf. l. 60 §. 1 D. de condit. (35. 1), l. 25 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 177 pr. D. de reg. jur. (50. 17). — — [75]) Tacit. annal. XIII, 28. . . neve multam ab eis dictam Quaestores aerarii in publicas tabulas ante quatuor menses referrent; medio tempore contradicere licet. Lex munic. Malacit. c. 66. l. 3 §. 8 D. de jure fisci (49. 14), l. 9 §. 6 D. ad leg. Jul. pecul. (48. 13). Lex Julia munic. cap. II, 35—45. — — [76]) l. 1 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). — — [77]) l. 43 D. ad leg. Aquil. (9. 2). S. Th. II, S. 221 zu not. 55.

gen, die natürlich auch in die entsprechende exceptio in factum umgesetzt werden kann. Erst nachdem der Schuldner und alle sonst rechtlich interessirte Personen von dem wirklichen Eintritt der Succession Kunde bekommen haben, sind dieselben ihrerseits gehalten, die Folgen des in der Person des Gläubigers Statt gehabten Wechsels sich gefallen zu lassen.

Wendet man diese Grundsätze auf das Zinsenprivilegium des Fiscus an, so hat dasselbe an sich schon mit dem Zeitpunkte, auf den die später in Gewißheit getretene Succession zurückbezogen wird, also mit dem Tode oder mandatum agendi des Privatmanns, begonnen, gelangt aber doch erst zur Wirksamkeit, nachdem der Fiscus zur Succession sich entschlossen und dieses dem Schuldner eröffnet hat, oder wie es Ulpian ausdrückt: ex quo fiscus convenit debitorem[78]); denn bis dahin hat die Forderung unter der vorausgesetzten Fortdauer des früheren Rechtsubjects für den Schuldner sich unverzinslich entwickelt, und diese Entwickelung gelten zu lassen, wird der succedirende Fiscus durch exceptio doli gezwungen, auch nachdem sich jene Voraussetzung als irrig erwiesen hat. Der Schuldner hat daher erst nach der ihm über die Nachfolge des Fiscus gemachten Anzeige für die früher unverzinsliche oder geringer verzinsliche Schuld fiscalische Zinsen zu erlegen, kann sich aber auch von da an über den Eintritt der Zinsenlast nicht mehr beklagen, weil er ja nur das Capital zu bezahlen braucht, um derselben zu entgehen. Anders würde es sich nur verhalten, wenn die Schuld zu Gunsten des Schuldners betagt wäre. Für diesen Fall würde aber auch ohne allen Zweifel dem Fiscus die exceptio doli entgegenstehen, wenn er als Cessionar für die Zeit vor dem Eintritte des Zahlungstags fiscalische Zinsen zu fordern versuchte.

Hinsichtlich des vom Zinsenvorrecht unterschiedenen vorzugsweise so genannten privilegium, unter dem sowohl das privilegium exigendi[79]), als auch — gemäß dem mit einer Stelle des Callistratus übereinstimmenden Zeugniß der Basiliken[80]) — das stillschweigende Pfandrecht des Fiscus zu verstehen ist[81]), finden sich gleiche Grund-

---

78) cf. Basil. LVI, 2 c. 8 (Heimb. V, p. 154) . . *ἐξ ὅτου ὀχλήσει τὸν χρεώστην.* — — 79) Paul. sent. rec. V, 12 §. 10, l. 34 D de reb. auctor. jud. poss. (42. 5). — — 80) l. 3 §. 8 D. de jure fisci (49. 14): Callistr. . . . non aliter fiscum debitorum suorum debitores convenire, nisi . . . ex ratione fisci nomina facta liquido probentur. cf. Cujac. (opp. VIII, p. 415 sq.). Schol. 3 zu Basil. XI, 1 c. 10 (Heimb. I, p. 578 sq.), Basil. LVI, 2 c. 6 (Heimb. VI, p. 154) . . *ἀφ' οὗ δὲ τὸ χρέος ἀπογραφῇ τοῖς δημοσιακοῖς χρήμασι, κέχρηται τοῖς ἰδίοις προνομίοις.* — — 81) cf. l. 37 D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5), Cuj. (opp. IV, p. 1277), l. 2 C. de privil. fisci

sätze angewandt; denn wenn auch auf den ersten Blick Abweichungen Statt zu finden scheinen, so dienen dieselben doch genauer betrachtet nur zur Bekräftigung der Regel.

Das privilegium exigendi, wie das Pfandrechtsprivilegium äußert seine Wirkung nicht sowohl gegen den Schuldner, als gegen dritte concurrirende Gläubiger. Sollte nun diesen gegenüber der Gebrauch der Privilegien nicht unbillig sein, so reichte es nicht aus, daß der Schuldner durch conventio von der Nachfolge des Fiscus in Kenntniß gesetzt worden war, sondern es mußte auch den Gläubigern Gelegenheit geboten sein, zu ihrer Sicherung von der Statt gehabten Veränderung Kunde zu nehmen. Aus diesem Grunde giebt Ulpian unter verschiedenen anderen in Rescripten zur Anwendung gebrachten Ansichten derjenigen den Vorzug, welche das privilegium exigendi und das Pfandrecht des succedirenden Fiscus erst mit der Eintragung des nomen in das Schuldbuch des Fiscus (calendarium) gegen Dritte wirksam werden läßt [82]).

Diese Buchung wurde nämlich öffentlich vor Augen gestellt, so daß man sie von ebener Erde lesen konnte [83]), und war überdies von öffentlichen Abwarnungen begleitet, fortan mit dem Schuldner zu contrahiren [84]). Es erschien also nicht unbillig, alle späteren Gläubiger dem Privilegium des Fiscus zu unterwerfen, selbst wenn ihnen zufällig die Veröffentlichung unbekannt geblieben war; denn der gute Wirth darf für verpflichtet erachtet werden, um die Kenntniß von dergleichen Veröffentlichungen sich zu kümmern [85]). Die Billigkeit erfordert nur,

---

(7. 73), l. 1 C. de jure fisci (10. 1), l. 2 C. de servo pign. dato (7. 8), l. 2 C. de his, qui in loc. prior. (8. 19), l. 10 D. ad municip. (50. 1). Schol. 1 Abs. 3 zu Basil. LX, 52 c. 16 (Heimb. V, p. 884). Schol. 8 zu Basil. XIV, 1 c. 58 §. 1 (Heimb. II, p. 139 sq.). — — [82]) cf. Liv. I, 26 c. 36 . . prima inter primos nomina sua vellent in publicis tabulis esse. Lex Jul. municip. lin. 37—40. l. 9 §. 6 D. ad leg. Jul. pecul. (48. 13). Schol. zu Basil. LX, 45 c. 10 §. 6 (Heimb. V, p. 818). — Dirksen, Beiträge S. 204. — Bach, de jure praediator. §. 7 (opusc. ed. Klotz p. 131 sqq.). — Lex Malacit. c. 63. Lex agrar. c. 20. Lex repetund. c. 17. Cic. ad Attic. XIII, 3. — — [83]) Lex Malacitan. c. 63. 66. cf. l. 11 §. 2 D. de institor. act. (14. 3), l. 1 §. 10 D. depos. (16. 3), l. 34 §. 1 D. de statulib. (40. 7), l. 60 §. 6 D. locati (19. 2), l. 4 §. 6 D. de damn. inf. (39. 2). — — [84]) Edict des ägyptischen Provinzialmagistrats Tiberius Julius Alexander aus dem J. 68 v. Chr. . . . *κατέχεσθαι αὐτοῦ τὸ ὄνομα ἢ προγράφειν, ἵνα μηδεὶς τῷ τοιούτῳ συμβάλλῃ.* — cf. Rudorff im Rhein. Mus. Bd. 2, S. 170. 171. — Bachofen, Pfandr. Th. 1, S. 293 ff. — l. 6, l. 8 C. de remiss. pignor. (8. 26), l. 2 C. ad leg. Jul. de vi (9. 12). — — [85]) l. 9 §. 2 D. de jur. et facti ignor. (22. 6), l. 3 §. 1, l. 6 D. eod., l. 1 in f. C. Th. si certum petatur ex chirographis (2. 27): . . . Et quamvis nescire promulgata non liceat, per omnem hunc annum pendere jubemus edictum.

frühere Gläubiger des Schuldners unter den Vorrechten des Fiscus nicht leiden zu lassen [86]). Früheren Gläubigern ist aber auch gegen das Privilegium des Fiscus dieselbe exceptio doli gewährt, welche späteren Gläubigern verweigert wird. In keinem anderen Sinne sagt Ulpian: der Fiscus habe für die Zeit nach der Buchung des betreffenden nomen sein eignes Vorrecht, für die Zeit vor der Buchung dagegen das Recht des Privaten zur Geltung zu bringen. Der Grundsatz, daß der Fiscus für die Zeit vor der Succession das Recht des Vorgängers, für die Zeit nach der Succession seine eignen Vorrechte gebrauche, ist also auch in dieser Anwendung von dem Vorwurfe der Ungerechtigkeit und Härte frei.

Ulpian's Bruchstück ist hierdurch ohne die Herbeiziehung von Singularitäten dem Wortsinne treu und in der Sache befriedigend erklärt worden. Wir sind daher berechtigt, die Erklärung nicht bloß zur Bestätigung der früheren Erörterungen, sondern auch als Grundlage weiterer Folgerungen zu benutzen. Diese Folgerungen dienen namentlich, das räthselhafte Wesen der denunciatio aufzuhellen, welches ebenso lange dunkel bleiben muß, als über das Verhältniß zwischen dem directe agere alieno nomine und dem utiliter agere suo nomine Unklarheit herrscht.

Fortsetzung.

Wesen und Zweck der denunciatio.

Ueber Wesen und Zweck der in der Cessionslehre eine wichtige §. 22.
Rolle spielenden denunciatio werden von Theorie und Praxis die verschiedenartigsten Ansichten aufgestellt. Mühlenbruch z. B. [1]), welcher jeden Unterschied zwischen dem directe agere alieno nomine und dem utiliter agere proprio nomine leugnet, bringt die denunciatio mit der alten litisdenunciatio in Verbindung, auf welche die Wirkung der litiscontestatio übertragen sein soll. Allein, obgleich er zu dem Ende genöthigt ist, den Irrthum zu vertheidigen, daß die litisdenunciatio nothwendig vor dem zuständigen Richter habe vorgenommen werden müssen, vermag er nicht einmal zu erklären, weder warum Gordian kein Bedenken trage, die Wirkung der denunciatio auch der Empfangnahme einer Abschlagszahlung zuzuschreiben und der denunciatio

[86]) l. 8 D. de jur. et facti ignor. (22. 6).

[1]) Cession S. 77 ff. 186 f. 491 ff. Ebenso Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 654 f. v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. III, S. 112 f.

fortwährend die litiscontestatio zur Seite zu stellen, der doch von der litisdenunciatio als processualischen Vorstufe jede Wirksamkeit vorweggenommen sein mußte, noch warum bei der utilis actio proprio nomine nicht erst nach der denunciatio, wie bei dem directe agere alieno nomine gewiß erst nach der litiscontestatio das Klagerecht des Cessionars gegen die vernichtenden Einflüsse des Todes und Widerrufs des Cedenten, sowie des Todes des Cessionars gesichert erscheine.

Bähr[2]) beschränkt zwar die denunciatio richtig auf die utilis actio, vermag aber in derselben, weil er die utilis actio für die nach Ueberwindung des Delegationsstandpunkts dem Cessionar allein übriggebliebene Klagform hält, bloß eine einfache Anzeige der Statt gehabten Cession zu erblicken, und folgert daraus mit Bartolus[3]), Donellus[4]) und Anderen, daß die denunciatio nicht bloß vom Cessionar, sondern auch vom Cedenten und jedem Dritten ausgehen könne, obgleich doch Ulpian und Gordian den Cessionar als ausschließlichen Urheber derselben nennen. Zur Erklärung des letzteren Umstandes fügt Bähr freilich hinzu, die Denunciation des Cessionars verschaffe der Kenntniß des Schuldners von der geschehenen Cession eine feste Grundlage, indem sie den Cessionar verpflichte, dem Schuldner für das Vorhandensein der Cession dem Cedenten gegenüber einzustehen; allein wenn die Denunciation den Schuldner gegen den Cedenten sicher zu stellen bezweckt, warum sollte der Denunciation des Cedenten weniger Wirkung beigelegt sein, als der Denunciation des Cessionars? Ueberdies unterwirft sich der Cessionar durch die Denunciation weder einer besonderen Klage, noch irgend einer Verpflichtung, der er nicht ohne Denunciation ebenfalls unterliegen würde, falls er sich auf irgend eine Weise, z. B. durch Zahlungsempfangnahme, Vergleich u. s. w., als Cessionar gebährden sollte. Dort wie hier bleibt vielmehr der Schuldner, welcher dem Cedenten ohne Erfolg seine Klagausübungsberechtigung bestreitet, gegen den Cessionar auf die actio doli beschränkt, ohne dolus des Cessionars also genöthigt, die Gefahr der Bestreitung selbst zu tragen.

Windscheid[5]) vergleicht die denunciatio mit einer nur dem Cessionar möglichen Inbesitznahme der Forderung und kommt insofern der Wahrheit nah, ohne des Zusammenhangs sich vollkommen bewußt

---

[2]) Jahrb. f. dogmat. Rechtsw. I, S. 373. 414 ff. 417. — — [3]) ad l. 16 D. de pact. (2. 14). — — [4]) Comment. XV, 44 §. 21. fin. 22 (ed. Bucher. IX, p. 467 sq.). — — [5]) Die actio des röm. Rechts S. 110 ff. Modificirt bei Kuntze, die Obligation S. 331 f. Lehre von den Inhaberpapieren S. 242 not. 5.

zu werden. Dasselbe gilt von Musset [6]) und Schäfer [7]), welche die denunciatio darstellen, der Eine als eine Ankündigung der Cession mit dem stillschweigenden Zusatze, nun Gläubiger sein zu wollen; der Andere als eine Handlung des Cessionars, wodurch er sich als nunmehrigen Forderungsberechtigten zu erkennen giebt und bewirkt, daß zwischen ihm und dem Schuldner das abgetretene Schuldverhältniß fixirt werde.

Muther [8]), welcher zu der irrigen Auffassung der utilis actio als einer auf der Fiction des Mandats beruhenden Nachbildung der alieno nomine anzustellenden directa actio zurückkehrt, verwirft Bähr's und Windscheid's Ansichten und vertauscht Mühlenbruch's immerhin von Geist und Scharfsinn zeugende Lehre, daß die denunciatio eine anticipirte litiscontestatio sei, mit der ebenso künstlichen als willkürlichen Behauptung: es sei Gewohnheit gewesen, daß der Cedent dem Schuldner von der Bestellung des procurator in rem suam briefliche Anzeige gemacht, diese Anzeige aber dem procurator in rem suam eingehändigt habe, damit der Letztere durch Uebergabe derselben dem Schuldner denunciire, sese procuratorem in rem suam esse, und zugleich eine Abwarnung beifüge, ne creditori debitor solveret; eine Abwarnung, die natürlich nur von dem procurator in rem suam habe ausgehen können.

Die offenbare Unzulänglichkeit aller dieser Erklärungen mag der nun folgenden Darstellung unserer eignen Ansicht eine günstige Stätte bereiten.

Zuvörderst kann kein Zweifel obwalten, daß diejenige Handlung, welche Ulpian als ein convenire debitorem bezeichnet, derjenigen Handlung gleicht, welche das oben abgedruckte Rescript Gordian's ein denunciare debitori nennt. Beiden Handlungen wird dieselbe Wirkung beigelegt, welche in den vorher erörterten Bruchstücken in Beziehung auf des Cessionars utilis actio suo nomine von Ulpian zum Edicte dem litem movere und pecuniam suscipere [9]), von Gordian der Empfangnahme einer Stückzahlung [10]), von Marcian dem Abschluß eines Nachlaßvertrags zugeschrieben ist [11]).

Diese gemeinschaftliche Wirkung besteht in der Verpflichtung des Schuldners, den Nachfolger (Erben und Cessionar) anstatt des Vor-

---

[6]) Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 12, S. 343 ff. 368. Aehnlich Knorr im Arch. f. civ. Pr. Bd. 42, S. 312 ff. Bd. 46, S. 74 ff. — — [7]) Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 3, S. 410 ff. — — [8]) Zur Lehre von der römischen actio u. s. w. S. 176 ff. — — [9]) l. 55 D. de procur. (3. 3). S. Th. II, S. 217 ff. — — [10]) l. 3 C. de novat. (8. 43). S. Th. II, S. 211 ff. — — [11]) l. 8 §. 2 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. Th. II, S. 218 ff.

gängers (Erblassers und Cedenten) als Gläubiger anzusehen, kann also nur darin ihre Ursache haben, daß alle Handlungen gleichmäßig auf eine dem Schuldner erkennbare Weise die Erklärung des Nachfolgers enthalten, in das Recht des Vorgängers succediren oder, wie es hinsichtlich der Cession auch ausgedrückt werden kann, von dem durch das mandatum agendi eröffneten Rechte der utilis actio suo nomine Gebrauch machen zu wollen.

Die unzweideutigste Willenserklärung der gedachten Art liegt in der wirklichen Erhebung der auf den eignen Namen gestellten Klage, dem litem movere. Die wirkliche Erhebung der Klage geschah aber zu jener Zeit nicht mehr durch die alte in jus vocatio, bei welcher der Beklagte bei Meidung der ductio sofort Folge zu leisten oder Vadimonien zu stellen[12]), der Kläger dagegen sofort außergerichtlich, wie später vor dem Prätor, die Klage zu ediren hatte[13]); vielmehr war die Stelle der alten in jus vocatio längst durch die von Mark Aurel eingeführte[14]) litisdenunciatio[15]) eingenommen[16]), d. h. durch eine schriftliche, entweder vor Zeugen oder vor Unterbeamten einer öffentlichen Behörde (die nicht gerade ein Gericht zu sein brauchte, sondern nur das jus actorum haben mußte) vom Kläger dem Beklagten übergebene Ladung zu einer späteren Tagfahrt vor die zuständige Gerichtsobrigkeit, unter Ankündigung desjenigen Klaganspruchs, welchen der Kläger demnächst in jure weiter verfolgen werde, oder mit Rücksicht auf den damaligen ordo judiciorum ausgedrückt, unter Ankündigung derjenigen Klagformel, welche der Kläger demnächst vom zuständigen Magistrate zu erbitten gedenke[17]). Die litisdenunciatio enthob also zwar den Beklagten der Verpflichtung zur augenblicklichen Folgeleistung vor den Magistrat oder zur Stellung eines Vadimonium[18]), meldete demselben aber ebenso sicher als jede andere editio actionis den Willen des Klägers, das betreffende Klagerecht in eignem oder fremdem Namen geltend zu machen, mithin von Seiten des Erben oder Cessionars, welcher in eignem Namen zu klagen beabsichtigte, diese Absicht und darin den Willen, die mit dem Tode des Erblassers, beziehungs-

---

[12]) Keller, Proc. §. 46 S. 186. §. 47 S. 193 f. — — [13]) Becker, proceß. Consumt. S. 99 ff. Wieding, Justin. Libellproc. S. 593 ff. Rudorff in Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 4, S. 26 ff. — — [14]) Aurel. Vict. de Caesar. XVI, 11. Wieding a. a. O. S. 556 ff. — — [15]) fr. Vat. §. 167. l. 4 §. 5. 6 D. de damno inf. (39. 2), l. 7 D. de inoff. test. (3. 4), l. 1 C. Th. de dolo malo (2. 15), l. 68 D. de judic. (5. 1). Wieding a. a. O. S. 549 ff. — — [16]) Nicht entgegen sind Coll. leg. Mos. II, 6 §. 1. Ammian. Marcell. XXX, 4 nr. 9. Appul. Metell. IX, 22. Wieding a. a. O. S. 588 ff. — — [17]) Wieding a. a. O. S. 598 ff. Etwas anders bei Keller, Proc. S. 198 ff. — — [18]) Wieding a. a. O. S. 587 ff. 591 ff.

weise mit dem mandatum agendi des Cedenten eröffnete Universal- oder Singularsuccession anzutreten. Stimmt nun damit überein, daß das convenire debitorem den durch litisdenunciatio (ὑπόμνησις) gemachten Anfang processualischer Verfolgung zu bedeuten pflegt[19]), so scheint es keinem Bedenken zu unterliegen, auch das denunciare debitori als die zu jener Zeit übliche Proceßeinleitung aufzufassen und nicht nur bei dem Ausdrucke denunciare debitori das Wort: litem hinzuzudenken, sondern auch den Ausdruck convenire debitorem auf das gebräuchliche denunciatione convenire zu beziehen[20]). In beiden Ausdrücken ist jedenfalls zunächst nur der Begriff des litem movere umschrieben.

Beide Ausdrücke nahmen aber bald eine etwas andere Bedeutung an. Es führte nämlich die litisdenunciatio, welche, selbst nachdem Constantin deren Vornahme vor einer öffentlichen Behörde zur Pflicht gemacht hatte[21]), nicht bloß vor den dem Kläger auf seinen Antrag zur Begleitung und Beglaubigung mitgegebenen Unterbeamten der zuständigen Gerichtsobrigkeit, sondern fortwährend auch vor den durch ihre Vorgesetzten angewiesenen Subalternen jeder anderen mit jus actorum versehenen Amtsstelle vollzogen werden konnte[22]), durchaus nicht nothwendig zu einer gerichtlichen Verhandlung. Bekannte sich der Schuldner, dem denunciirt war, gleich außergerichtlich zu der Schuld und, sofern die Denunciation vom Erben oder Cessionar des Gläubigers in eignem Namen ausgegangen war, zu dem neuen Gläubiger (certus debitor et confitens)[23]), so war die Sache damit bis auf Weiteres abgethan[24]). Der Schuldner erhielt vom neuen Gläubiger entweder ferneren Credit, oder leistete demselben freiwillig Zahlung, und der Zweck der litisdenunciatio war erfüllt. Da nun Erben und Cessionaren gegenüber eine Einräumung der Schuld und des neuen Gläubigerverhältnisses ungleich häufiger vorgekommen sein wird, als eine Verneinung, so erschien bald bei Erben und Cessionaren die Ankündigung der Absicht, die Forderung als Nachfolger des ursprünglichen Gläubigers in eignem Namen geltend zu machen, als Haupt-

---

19) l. 45 D. de reiv. (6. 1) in Verbindung mit Schol. 118. 119 zu Basil. XV, 1 c. 45 (suppl. ed. Zachar. de Lingeth. p. 25). — — 20) Paul. sent. rec. II, 21 a. §. 13. 17. V, 5 a. §. 7. l. 7 C. quomodo et quando (7. 43), l. 10 C. de pignor. (8. 14). — — 21) l. 2 C. Th. de denunt. (2. 4). Wieding a. a. O. S. 626 bezieht diese Verordnung wider deren allgemeinen Wortlaut bloß auf die denunciatio ex auctoritate magistratus. — — 22) Keller, Proc. S. 199 not. 567. — — 23) l. 6 pr. D. de jure fisci (49. 14). cf. Basil. LVI, 2 c. 8 (Heimb. V, p. 154) . . . ἐξ ὅτου ὀχλήσει τὸν χρεώστην κακεῖνος ἐπιγνῷ τὸ χρέος — ex quo debitorem convenerit, et ille debitum agnoverit. — — 24) l. 21 D. de judic. (5. 1).

sache, die damit verbundene Vorladung zu einer gerichtlichen Tagfahrt als Nebensache, was weiter zur Folge hatte, daß nach und nach in Fällen dieser Art die Vorladung ganz wegfiel und als denunciatio oder conventio nur die in beweissichernde Form gekleidete[25]) Abgabe einer Willenserklärung über die Antretung der durch den Tod oder das Klagmandat des Vorgängers eröffneten Universal- oder Singularsuccession übrigblieb. Wie diejenige litisdenunciatio, welche ursprünglich den Gewährsmann zum Zweck der im Evictionsprocesse zu übernehmenden defensio vor den Prätor lud, als einfache Aufforderung zur Uebernahme der defensio im Justinianeischen Rechte fortdauert[26]); so hat sich darin auch diejenige litisdenunciatio, welche ursprünglich bestimmt war, gegen den Schuldner die gerichtliche Verfolgung der utilis actio in des Cessionars eignem Namen einzuleiten, als einfache Aufforderung, fortan den Cessionar anstatt des Cedenten als selbstberechtigten Gläubiger zu betrachten, wirksam erhalten; denn Gegenstand der denunciatio oder conventio ist nach wie vor weniger der Empfang des mandatum agendi, als der Wille, auf die durch das mandatum agendi eröffnete Succession in das Klagerecht des Cedenten einzugehen. Urheber der denunciatio oder conventio ist daher nach Ulpian's und Gordian's gewiß nicht bloß zufällig übereinstimmenden, in das Corpus juris als geltendes Recht aufgenommenen Angaben noch zu Justinian's Zeit nicht der Cedent oder gar ein Dritter, sondern ausschließlich der Cessionar[27]), auf dessen Willen es ankommt; ja sogar nur derjenige Cessionar, welcher handlungsfähig ist, nicht ohne gesetzliche Vertretung der Unmündige, gerichtlich erklärte Verschwender u. s. w., obgleich diese zur einfachen Mittheilung von Thatsachen für vollkommen geschickt erachtet werden mögen. Ebenso verhält es sich mit der früher erörterten certioratio des Forderungspfandgläubigers[28]), weil sie mit der denunciatio des Cessionars zum wenigsten die Eigenschaft einer Willenserklärung gemein hat.

Nachdem auf diese Weise die denunciatio oder conventio zu einer vom litem movere verschiedenen Handlung des Cessionars sich gestaltet hatte, durfte dieselbe auch zu Zwecken, welche nicht gerade auf

---

25) l. 27 pr. D. de reiv. (6. 1), l. 2 D. de nautico foen. (22. 2), l. 9 C. Th. de infirm. his, quae sub tyr. (15. 14) . . . deposita super instituenda lite testatio. Wieding a. a. O. S. 607 ff. — — 26) l. 62 §. 1, l. 74 §. 2 D. de evict. (21. 2), l. 75 D. de procur. (3. 3), l. 85 §. 5, l. 139 D. de V. O. (45. 1), l. 20 §. 8 D. fam. herc. (10. 2). — — 27) l. 6 pr. D. de jure fisci (49. 14) . . . postea quam convenit debitorem. l. 3 C. de novat. (8. 43) . . . antequam debitori tuo denuntiaverit (sc. creditor tuus, cui mandaveris actiones). — — 28) S. Th. I, S. 136 ff.

einen Proceß hinausliefen, verwandt werden, was bewirkte, daß sie selbst da in Gebrauch kam, wo von der Einleitung eines processualischen Verfahrens gar keine Rede sein konnte oder sollte, z. B. wo es sich um die Succession in bedingte oder betagte Forderungen handelte, da der Schuldner auch in solchen Fällen wissen mußte, wiefern er nicht mehr den Cedenten, sondern den Cessionar als Gläubiger anzuerkennen habe. In allen Anwendungen besteht aber das Wesen der denunciatio oder conventio gleichmäßig in der Willenserklärung des Cessionars über die Annahme der ihm durch das mandatum agendi freigestellten Nachfolge in das betreffende Forderungsrecht.

In diesem Sinne werden der denunciatio oder conventio mit Recht dieselben Wirkungen zugeschrieben, als dem litem movere und dem pecuniam suscipere, der Empfangnahme einer Abschlagszahlung und dem Abschlusse eines Nachlaßvertrags; denn

a. das litem movere als die vom Cessionar in eignem Namen geschehene Erhebung der utilis actio, mag sie nach altem Recht in Form außergerichtlicher litisdenunciatio, oder nach neuerem Recht in irgend einer anderen Form vollzogen und hier oder dort zu gerichtlichen Verhandlungen vorgeschritten oder auf erster Stufe stehen geblieben sein, enthält immer die bestimmteste Erklärung, fortan statt des Cedenten als Gläubiger gelten zu wollen;

b. das pecuniam suscipere ist mit befreiender Wirkung anstatt des Cedenten nur dem utiliter in eignem Namen klagberechtigten Cessionar möglich[29]), weshalb auch umgekehrt vorausgesetzt werden muß, daß der Zahlung in Empfang nehmende Cessionar dem zu seiner Befreiung zahlenden Schuldner gegenüber von dem Rechte der utilis actio habe Gebrauch machen wollen;

c. die Empfangnahme einer Abschlagszahlung schließt die Erklärung ein, wie den ersten Theil der Zahlung, so auch demnächst deren Ueberrest annehmen, mithin die ganze Forderung nicht mehr dem Vermögen des Cedenten, sondern dem eignen Vermögen zuzählen zu wollen;

d. der Abschluß eines Nachlaßvertrags zeigt entschieden, daß der Cessionar die Forderung als sein Eigenthum zu behandeln, darüber zu schalten und walten, mithin die durch das mandatum agendi eröffnete Succession in das Klagerecht des Cedenten anzutreten beabsichtige.

---

[29]) S. Th. II, S. 109 f.

Diese Einzelnheiten sind aber nur Beispiele von Handlungen, in denen sich der Wille des Cessionars, die Forderung nicht mehr als ein Recht des Cedenten, sondern als sein eignes Recht gelten zu lassen, unzweideutig ausdrückt. Alle übrigen Handlungen, welche diese Absicht ebenso bestimmt zu erkennen geben, müssen die nämliche Wirkung äußern. Es gehört dahin z. B. bei der Cession einer durch Bürgen, Pfandrechte oder Correalverpflichtung gesicherten Forderung die bloß an den Hauptschuldner oder an einen Correalverpflichteten gerichtete Denunciation, da der dem denunciirten Schuldner gegenüber entschieden zum Nachfolger des Cedenten gewordene Cessionar auch ohne Vorwissen der Mitverpflichteten diesen gegenüber die Nachfolge angetreten haben muß, wenn die den Bestimmungen des Rechts und den Absichten der Parteien gleich widersprechende Zerreißung des untrennbar Zusammengehörigen vermieden werden soll. Es gehört dahin ferner der Gebrauch der cedirten Forderung zur Compensation mit Forderungen des debitor cessus gegen die Person des Cessionars, der Abschluß eines Vergleichs oder Stundungsvertrags, die Cession oder Verpfändung der cedirten Forderung oder jede andere nur dem Eigenthümer gestattete Verfügung. Ja nach römischem Rechte muß selbst die Bestellung eines Proceßprocurators für die cedirte Forderung ausreichen, um den Schuldner, sobald er Kunde davon erhält, an den Cessionar zu binden, da auch diese Anordnung nicht für fremde, sondern lediglich für eigne Klagerechte getroffen werden kann [30].

Theilen nun aber wirklich alle diese Handlungen des Cessionars, sobald sie dem Schuldner bekannt geworden sind, mit der denunciatio gleichen Erfolg, so kann dieser Erfolg nur der von uns angegebene sein, der zugleich den Grund enthält, warum bei der fingirten Cession, welche zwischen dem directe agere alieno nomine und dem utiliter agere suo nomine keine Wahl läßt, der denunciatio gar keine Erwähnung geschieht.

Bähr wirft zwar ein [31], daß der dem Gläubiger zahlende Bürge, um nicht etwa durch die später vom Hauptschuldner dem Gläubiger gleichfalls geleistete Zahlung den Regreß zu verlieren, dem Schuldner denunciiren müsse, möge er dem Gläubiger einfach oder gegen Cession Zahlung geleistet haben [32]. Allein in beiden Fällen ist die Denunciation alles entgegenstehenden Scheins ungeachtet etwas wesentlich Verschiedenes. Im ersten Falle hat die Zahlung des Bürgen das Klage-

---

[30]) S. Th. I, S. 4 f. — — [31]) Jahrb. f. Dogmat. I, S. 429 ff. — — [32]) l. 29 §. 3 D. mand. (17. 1).

recht des Gläubigers durchaus aufgehoben und den Schuldner, sobald er von dieser Aufhebung in Kenntniß gesetzt ist, verpflichtet, nicht dem Gläubiger indebite, sondern debite dem Bürgen auf dessen mandati actio Zahlung zu leisten. Im zweiten Falle ist durch die Zahlung des Bürgen durchaus nicht das betreffende Klagerecht aufgehoben, sondern bloß darüber, ob dasselbe fortan dem Gläubiger oder dem Bürgen gebühre, eine erst durch spätere Willenserklärung des Bürgen auch für die Vergangenheit zu lösende Ungewißheit hervorgebracht, weshalb erst die Kunde von des Bürgen Willensmeinung, Nachfolger des ursprünglichen Gläubigers zu sein, den Hauptschuldner verpflichtet, nicht mehr dem ursprünglichen Gläubiger, sondern dem Bürgen zu zahlen. Dort ist die denunciatio einfach die Meldung einer äußeren Thatsache, und daher nicht bloß dem Bürgen, sondern auch jeder anderen Person möglich; hier dagegen ist die denunciatio eine Willenserklärung, welche nur vom Bürgen ausgehen kann, und deren Unterlassung nur den Zweck hat, einstweilen dem ursprünglichen Gläubiger die Möglichkeit eines den Schuldner nicht gefährdenden Zahlungszwangs offen zu erhalten.

Die denunciatio in dem letzteren hier zur Frage stehenden Sinne ist gleich anwendbar bei persönlichen und bei dinglichen Klagen[33]; denn warum sollte nicht auch derjenige, welcher eine dingliche Klage cedirt erhalten hat, dem Cessus seinen Willen verkünden dürfen, künftig als Eigenthümer des Klagerechts zu gelten? Wäre z. B. eine rei-vindicatio cedirt, so würde der cessus dadurch unter dem Rechtsnachtheile, sonst wegen doloser Besitzentäußerung zu haften, verpflichtet werden, den Cedenten und jeden im Namen des Cedenten klagenden Cessionar, sowie jeden im eignen Namen klagenden Cessionar, welcher später als der mit der denunciatio vorgegangene Cessionar das mandatum agendi sollte empfangen haben, mit der exceptio doli zurückzuweisen, ja selbst die exceptio doli gegen spätere Sacheigenthumsnachfolger und Pfandgläubiger, welche des Cedenten dolus zu vertreten haben[34]), nicht ungebraucht zu lassen. Der Cessionar ist also durch die Denunciation nur insofern schutzlos geblieben, als ein gutgläubiger Sacheigenthumsnachfolger, welcher wegen onerosen Titels den dolus des Auctors nicht zu vertreten hat, direct aus eignem Rechte den Cessus belangt, da die Restitution an diesen Kläger dem Cessus allerdings nicht, wie die Restitution an einen mit der exceptio doli zurückweisbaren Kläger, von dem be-

---

[33]) Ebenso Ihering in den Jahrb. f. Dogmat. I, S. 112 f. Bähr ebendas. I, S. 444 f. — — [34]) l. 4 §. 27—31 D. de doli exc. (44. 4).

nunciirenden Cessionar als ein dolo possidere desiisse ausgelegt werden kann, den Cessus also von der späteren Klage des Cessionars befreien muß [35]).

Soviel von der denunciatio im Allgemeinen. Es ist nur noch übrig, aus deren vorstehend dargelegtem Wesen folgende sich von selbst ergebende Folgerungen zu ziehen [36]):

1. Gleich demjenigen, was der Cessus während des Schwebezustandes mit dem Cedenten verhandelt hat, muß der Cessionar auch dasjenige, was vor seiner denunciatio zwischen dem Cessus und einem Universal- oder Singularsuccessor des Cedenten in Betreff der Forderung abgemacht ist, gegen sich gelten lassen. Hat z. B. der Cessus, bevor der Cessionar A ihm denunciirt, an den nach A vom Cedenten gleichfalls zum procurator in rem suam bestellten B, welcher von seinem Recht der utilis actio Gebrauch macht, Zahlung geleistet, so ist er nicht minder, als wenn er dem Cedenten selbst Zahlung geleistet hätte, gegen den später mit der utilis actio im eignen Namen klagenden Cessionar A geschützt; denn bis zur denunciatio des A hatte der Cessus den Cedenten und folgeweise auch den als Singularsuccessor des Cedenten mit dessen Rechten versehenen B als seinen Gläubiger anzusehen.

2. Die frühere Denunciation des nach A vom Cedenten gleichfalls zum procurator in rem suam bestellten B bewirkt zwar, daß der Cessionar A alles, was vor seiner Denunciation zwischen dem Cessus und dem Cessionar B in Betreff der Forderung abgemacht ist, gegen sich muß gelten lassen, giebt aber dem Cessionar B an sich nicht mehr Rechte, als ihm der Cedent abzutreten vermochte. Soweit also nach der Denunciation des B in dem Schuldverhältnisse des Cessus thatsächlich noch nichts verändert ist, muß die spätere Denunciation des A zur Folge haben, daß nun der Cessus statt dem B vielmehr dem A seine Schuld zu entrichten und bei Vermeidung doppelter Zahlung die Klage des B gleich der Klage des Cedenten durch exceptio doli zurückzuweisen hat [37]).

3. Obgleich der Cessionar A dem Cessus gegenüber diejenige Zahlung muß gelten lassen, welche vor seiner Denunciation vom Cessus dem Cedenten oder dem nach A vom Cedenten gleichfalls zum Cessio-

---

35) l. 27 §. 1 D. de reivind. (6. 1), l. 41 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 17 D. de exc. rei judic. (44. 2). — — 36) Gleiche Grundsätze sind in Entscheidungen des O. T. zu Stuttgart und des O. A. G. zu Rostock befolgt. Würtemb. Arch. III, S. 299. Buchka und Budde, Entscheidungen III, S. 105 f. Seuffert, Arch. XIII, Nr. 246. — — 37) Seuffert, Arch. XIII, Nr. 246.

nar bestellten B geleistet worden ist, so ist doch weder der Cedent, noch der Cessionar B berechtigt, die empfangene Zahlung für sich zu behalten.

Gegen den Cedenten kann auf Herausgabe des Empfangenen geklagt werden vom Cessionar mit der aus der causa der Cession etwa entsprungenen Geschäftsklage[38]), und vom Schuldner mit der condictio indebiti[39]), die er als einen auf Unkosten des Cessionars gemachten Erwerb dem Letzteren auf Verlangen abtreten muß, wenn er von der utilis actio desselben durch exceptio doli frei werden will[40]). Außerdem ist der Cedent der actio negotiorum gestorum directa des Cessionars unterworfen, sofern Jeder, welcher fremde Angelegenheiten wie eigne besorgt, nicht bloß im Fall des bösen[41]), sondern selbst im Fall des guten[42]) Glaubens dem wirklichen Geschäftsherrn als Geschäftsführer haftet, da in der That der Cedent durch die Empfangnahme der dem Cessionar gebührenden Zahlung ein ihm selbst objectiv fremdes, dem Cessionar rechtlich zustehendes Geschäft ausgeübt hat[43]).

Gegen den nach A vom Cedenten gleichfalls zum Cessionar bestellten B ist die Herausgabe der empfangenen Zahlung freilich durch eine Geschäftsklage des mit jenem in keinem derartigen Obliga-

[38]) l. 23 §. 1 D. de her. vel act. (18. 4), l. 4 §. 6 D. de doli exc. (44. 4). S. Th. II, S. 120 ff. — — [39]) S. Th. II, §. 34 und l. 64 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 65 §. 9 D. de condict. ind. (12. 6) in Verbindung mit den vielen Stellen, z. B. l. 5 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1), l, 15 C. de fidej. (8. 41), l. 3 C. de condict. indeb. (4. 5), welche auch dem ope exc. doli geschützten Schuldner zum Zweck der Erlangung ipso jure gültiger Befreiung eine condictio ob causam gewähren. S. Th. II, §. 34 lit. A. Bähr a. a. O. S. 440 glaubt eine condictio ob causam datorum rechtfertigen zu können. Die in Bezug genommene l. 29 §. 2. 3 D. mand. (17. 1) dürfte aber mehr für die überdies passender scheinende condictio indebiti sprechen. — — [40]) l. 39 D. de don. int. V. et U. (24. 1), l. 38 §. 1 D. de solut. (46. 3), l. 29 §. 3 D. mand. (17. 1), l. 7 pr. in f. D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4) in Verbindung mit l. 36 in f. D. de fidej. (46. 1), l. 14 pr. D. mand. (17. 1), l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3). S. Th. II, §. 34 lit. B. Bähr a. a. O. S. 440 not. 10. Aus den in Th. I, S. 187 ff. ausgeführten Gründen scheint es indeß bedenklich, mit Bähr auch ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine actio utilis zu gestatten. — — [41]) l. 6 §. 3 D. de neg. gest. (3. 5). Vergl. jedoch Köllner, neg. gestio S. 24 ff. — — [42]) l. 49 D. de neg. gest. (3. 5), l. 19 C. eod. (2. 19), l. 3, l. 8 C. de reiv. (3. 32), l. 22 §. 10 D. mand. (17. 1), l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). Ueber die bestehende Controverse vergl. indeß Köllner, negot. gestio S. 39 ff. — — [43]) Bähr a. a. O. S. 440. Entw. eines bürgerl. G. B. für Baiern Th. II, Art. 153. 748. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 333. Anders das bürgerl. G. B. für Sachsen §. 1000 a. E., indem dasselbe die Geschäftsführungsklage in anscheinendem Widerstreit gegen die sonst über die Geschäftsführung aufgestellten Grundsätze (s. §§. 1371. 1377) verwirft.

tionsverhältnisse stehenden erstbestellten Cessionars B unmöglich zu erreichen, wohl aber theils durch die condictio indebiti des Schuldners, welche der Schuldner auch hier dem mit der utilis actio klagenden Cessionar A abtreten muß, um vermöge der exceptio doli Absolution zu erwirken, theils nach der zuvor angenommenen Theorie durch die actio negotiorum gestorum directa des Cessionars A, da auch in der Person des Cessionars B die dem Cessionar A zukommende Zahlungsempfangnahme als ein fremdes Geschäft erscheint, dessen Ausführung den zweiten Cessionar B als Geschäftsführer dem ersten Cessionar A als Geschäftsherrn verpflichtet[44]).

4. Die vor der Denunciation des Cessionars gegen die directa actio des Cedenten vom Cessus durchgesetzte Compensation mit einer erst nach der Cession entstandenen Schuld des Cedenten, oder die vor der Denunciation des ersten Cessionars gegen die utilis actio des zweiten Cessionars vom Cessus durchgesetzte Compensation mit einer Schuld des zweiten Cessionars hat dem Cessus, welcher zur Tilgung einer dem Gegner nicht zustehenden Forderung, mithin indebite, seine Gegenforderung hingab, eine indebiti condictio (liberationis) verschafft[45]). Diese condictio verfolgt als die durch die Compensation geschehene Bereicherung zugleich die Rescission der liberatio und die pecunia, welche aus dem wiederherzustellenden nomen geschuldet werden würde[46]), und muß abermals als ein auf Unkosten des Cessionars, beziehungsweise ersten Cessionars, gemachter Erwerb dem mit der utilis actio klagenden Cessionar, beziehungsweise ersten Cessionar, abgetreten werden, damit der Cessus durch die exceptio doli der Verurtheilung entrinne.

Gegen den Cedenten kann der Cessionar überdies aus der causa der Cession die betreffende Contractsklage auf Herausgabe des durch die Compensation gemachten Gewinns anstellen[47]).

5. Das vor der Denunciation des ersten Cessionars dem Cedenten oder dem zweiten Cessionar durch Stipulation ertheilte novirende

---

44) Das Bedürfniß dieser Klage ergiebt sich z. B. aus den ohne zutreffende Gründe gleich entschiedenen Fällen in Seuffert, Arch. XIII, Nr. 76. XVI, Nr. 271. — — 45) l. 26 §. 4. 5 D. de condict. indeb. (12. 6) in Verbindung mit l. 76 D. de V. S. (50. 16), l. 115 pr. D. de reg. jur. (50. 17), l. 4 D. qui potior. (20. 4), l. 19 D. de liberali causa (40. 12), l. 4 C. de compens. (4. 31). cf. l. 10 D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 46 §. 1 D. de jure dot. (23. 3), l. 24, l. 35 §. 6 D. de mort. c. don. (39. 6). Voigt, condictiones ob caus. §. 49, S. 348 ff. — — 46) l. 10 D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 46 §. 1 D. de jure dot. (23. 3), l. 24 D. de mort. c. don. (39. 6). Voigt a. a. O. S. 352 ff. — — 47) l. 23 §. 1 D. de her. vel act. (18. 4). S. Th. II, S. 119 ff.

oder accessorische Zahlungsversprechen unterliegt gleich der Zahlung von Seiten des Cessus einer condictio ob causam[48]), scheitert aber auch, wie das der condictio unempfängliche constitutum[49]), sofern der Promissar daraus klagt, an einer exceptio doli, weil der Cessus nichtsdestoweniger der utilis actio des ersten Cessionars unterworfen geblieben ist, und daraufhin dem ersten Cessionar als wahren Gläubiger Zahlung leisten muß, wenn er nur von demselben gegen die ihm aus dem Schuldversprechen Seitens des Cedenten oder zweiten Cessionars drohende Gefahr durch satisdatio defensum iri sichergestellt wird[50]).

6. Der vor der Denunciation des ersten Cessionars etwa durch Beerbung herbeigeführte Zusammenfluß der Vermögen des Cessus und des Cedenten oder des zweiten Cessionars B schließt die utilis actio des ersten Cessionars A nicht aus, so wenig gegen den Cessus, welcher den Cedenten oder den zweiten Cessionar B beerbt hat, als gegen den Cedenten oder den zweiten Cessionar B, welcher als Erbe des Cessus belangt wird[51]); denn aus der gleich der Zahlung wirkenden Confusion[52]) würde der Verklagte höchstens eine doli exceptio ableiten können, die verworfen werden müßte, weil sonst gegen alle Billigkeit der Verklagte auf Unkosten des Klägers sich bereichern würde[53]).

7. Auch ein vor der Denunciation des ersten Cessionars A von dem Cedenten oder dem zweiten Cessionar B schenkweise ertheilter Erlaß kann den Schuldner gegen die utilis actio des ersten Cessionars A nicht schützen, da es abermals ein verwerflicher dolus des Cessus sein würde, objectives Unrecht des Cedenten oder des zweiten Cessionars B auf Unkosten des Berechtigten zu eigner Bereicherung zu benutzen[54]).

8. Stehen neben dem Schuldner, dem denunciirt worden, Solidar- oder Correalverpflichtete oder Intercedenten, z. B. Bürgen oder dritte Pfandgeber, denen nicht denunciirt worden, so fragt sich, wie die

---

[48]) l. 1 pr. §. 2, l. 3 D. de condict. sine causa (12. 7), l. 16 §. 2 D. de minor. (4. 4), l. 5 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1), l. 20 §. 1 D. de donat. (39. 5), l. 76 D. de jure dot. (23. 3), l. 31 D. de condict. ind. (12. 6), l. 7 §. 16 D. de pact. (2. 14), l. 15 C. de fidej. (8. 41), l. 4 C. de condict. ob caus. dator. (4. 6), l. 6 C. de jur. et facti ignor. (1. 18), l. 1 C. de errore calc. (2. 5). — — [49]) S. Th. II, §. 19, S. 195 ff. — — [50]) S. Th. II, §. 26. Bähr a. a. O. S. 437. — — [51]) S. Th. II, §. 35 Nr. 1. — — [52]) S. Th. I, S. 128 not. 74. — — [53]) Bähr a. a. O. S. 434 f. — — [54]) l. 17 §. 4 D. de institor. act. (14. 3), l. 14 D. de condict. ind. (12. 6), l. 41 §. 1, l. 206 D. de reg. jur. (50. 17), l. 1 §. 47, l. 2 D. depos. (16. 3), l. 4 §. 29. 31 D. de doli exc. (44. 4), l. 6 §. 11 D. quae in fraud. cred. (42. 8), cf. l. 7 pr. D. de doli exc. (44. 4), l. 2 §. 3 D. de donat. (39. 5). Bähr a. a. O. S. 419. Schäfer im Arch. f. prakt. Rechtsw. I, S. 154 Nr. 8. A. M. ist — wie es scheint — Mühlenbr., Ceff. S. 502.

nach der Benachrichtigung jenes von diesen dem Cedenten geleistete Zahlung zu betrachten sei? Die Entscheidung hängt davon ab, ob man den Schuldner verpflichtet erachten kann, nach erhaltener Benachrichtigung im Interesse des Cessionars seinerseits thätig zu werden, um die Unkunde des principaliter oder accessorisch Mitverpflichteten von dem Statt gehabten Gläubigerwechsel zu heben. Ich finde keinen Grund, dem Schuldner eine solche Thätigkeit aufzubürden, glaube vielmehr, daß es Sache des Cessionars ist, wie den Hauptschuldner, so auch dessen Mitverpflichtete von seinen Entschlüssen in Kenntniß zu setzen. Demnach würde die nach der Denunciation des Schuldners von dem nicht benachrichtigten Mitverpflichteten gutgläubig dem Cedenten geleistete Zahlung nicht bloß den Zahler, sondern auch den benachrichtigten Schuldner vom Cessionar durch doli exceptio insoweit befreien, als dem Cessionar nur übrig wäre, vom Zahler die Abtretung der gegen den Cedenten erworbenen condictio indebiti zu verlangen. Sonst würde unter der dem Cessionar zur Last zu legenden Säumniß wider Recht und Billigkeit[55]) nicht der schuldige Cessionar, sondern der unschuldige, aber nichtsdestoweniger zur Schadloshaltung des Zahlers verpflichtete Hauptschuldner[56]) leiden.

Unhaltbar übrigens ist die Behauptung älterer und neuerer Praktiker[57]), daß der Schuldner, soweit er durch die vor der Denunciation anstatt des Cessionars dem Cedenten, beziehungsweise anstatt des ersten Cessionars A dem zweiten Cessionar B durch Zahlung oder Compensation geleistete Befriedigung von der utilis actio des Cessionars, beziehungsweise des ersten Cessionars A, ope exceptionis befreiet worden sei, auch die Befugniß habe, den etwa statt in den Händen des Cedenten vielmehr in den Händen des Cessionars, beziehungsweise statt in den Händen des zweiten Cessionars B vielmehr in den Händen des ersten Cessionars A befindlichen Schuldschein von diesem abzufordern. Denn die condictio causa finita, an welche jene Schriftsteller denken, ist überhaupt nicht gegen den Cessionar, sondern lediglich gegen den Cedenten begründet[58]), und die auf fingirter Cession beruhende utilis praescr. verb. actio, durch welche der Schuldner nach der dem Cessionar geleisteten Zahlung von demselben Cessionar den Schuldschein zurückzufordern im Stande ist[59]), darf über diesen Fall hinaus nicht ausgedehnt werden. Dem Schuldner bleibt also nur übrig, den Cedenten

---

55) l. 203 D. de reg. jur. (50. 17), l. 155 D. eod. Cic. de offic. III, 17. — — 56) l. 10 §. 12, l. 29 D. mand. (17. 1), cf. l. 67 D. de fidej. (46. 1), l. 47 in fin. D. de condict. ind. (12. 6). — — 57) Schilter, exercitt. ad Pand. XXX, 65. Koch a. a. O. S. 163. — — 58) S. Th. II, §. 32 unter B. — — 59) S. Th. II, §. 32 unter B a. E.

selbst mit der condictio causa finita auf Rückgabe des Schuldscheins oder Cession einer gegen den Inhaber des Scheins wirksamen actio praescr. verb. in Anspruch zu nehmen und denselben, falls er weder das eine noch das andere zu leisten vermag, wegen Pflichtwidrigkeit in das Interesse verurtheilen zu lassen. Sonst muß die actio ad exhib. genügen [60]).

Gestatten wir uns nun nach der kaum erforderlichen Bemerkung, daß alles, was vorstehend von der durch denunciatio des Cessionars zu lösenden Unentschiedenheit der utilis actio gesagt ist, von jeder sonstigen, durch andere Vorgänge, z. B. durch den Eintritt von Bedingungen, durch die Ratihabition einer vom Quasicedenten für den Quasicessionar besorgten Geschäftsführung ꝛc., zu beendenden Unentschiedenheit der utilis actio ebenso gilt, einen kurzen Rückblick, so hat sich ergeben, daß die utilis actio der Entstehung und der Wiederauflösung nach unentschieden sein kann und insbesondere der Entstehung nach stets unentschieden ist, so lange der durch wirklichen Klagauftrag bestellte procurator in rem suam zwischen dem directe agere alieno nomine und dem utiliter agere proprio nomine zu wählen hat; daß die Unentschiedenheit der utilis actio zwar im Allgemeinen von Jedermann anerkannt werden muß, jedoch die Möglichkeit der Klagrechtsausübung während des Schwebezustandes nicht völlig ausschließen darf; daß in der That das Recht der Klagrechtsausübung während des Schwebezustandes, sofern die Entstehung der utilis actio unentschieden ist, dem Cedenten eingeräumt wird und demgemäß namentlich im Fall wirklicher Cession, so lange dem procurator in rem suam zwischen dem directe agere alieno nomine und dem utiliter agere suo nomine die Wahl freisteht, der Cedent das betreffende Klagerecht zur Geltung zu bringen Macht besitzt; daß dieser Macht jedoch unter anderem die denunciatio ein Ziel setzt, weil sie als die vom procurator in rem suam in beweissichernder Form abgegebene Erklärung seines Willens, die cedirte Forderung nicht mehr als ein Vermögensstück des Cedenten, sondern als einen Bestandtheil des eignen Vermögens zu behandeln und behandeln zu lassen, die Wahl zu Gunsten des utiliter agere suo nomine trifft; daß endlich die denunciatio in diesem Sinne nach allen Richtungen sowohl der Natur der Sache, als den Bestimmungen der Gesetze entsprechende Folgen entwickelt. Hiernach bleibt, um die Erörterung abzuschließen, nur übrig, zu wiederholen, daß, falls nicht die Entstehung, sondern umgekehrt die

[60]) l. 9 C. ad exhib. (3. 42).

Wiederauflösung der utilis actio unentschieden ist, folgerecht auch während des Schwebezustandes nicht dem Cedenten, sondern umgekehrt dem Cessionar das Recht der Klagausübung mit den sich daran knüpfenden Folgen zu überlassen sein wird.

B. Unbekanntheit der utilis actio[1]).

§. 23. Die Unbekanntheit der entschiedenen utilis actio hat fast ganz dieselben Wirkungen, als die Unentschiedenheit der bekannten utilis actio. Deßungeachtet ist es der verschiedenen Voraussetzungen halber nöthig, beide Rechtsverhältnisse auseinander zu halten, namentlich damit nicht — wie so häufig geschieht — das Wesen der denunciatio als einer Willenserklärung des Cessionars mit der einfachen Benachrichtigung von dem stattgehabten Erwerbe einer utilis actio verwechselt werde. Die einfache Benachrichtigung dieser äußeren Thatsache (certioratio) ist an keine Form gebunden, kann von Jedermann, insbesondere vom Cedenten sowohl als vom Cessionar, und zwar vom handlungsunfähigen nicht weniger als vom handlungsfähigen Cessionar, ausgehen, auch ganz unterbleiben, wenn der zu Benachrichtigende schon anderweit ausreichende Kunde der fraglichen Klagrechtsübertragung erhalten hat; neque enim certiorari debuit, qui non ignoravit[2]). Die denunciatio als die feierliche Mittheilung des Entschlusses, von dem neben dem directe agere alieno nomine zur Auswahl verstellten utiliter agere proprio nomine Gebrauch zu machen, kann Niemand als den handlungsfähigen Cessionar zum Urheber haben.

Im Uebrigen ist es keinem Zweifel unterworfen, daß C, welcher von A eine Forderung kauft oder zu Pfande nimmt, die A bereits an B cedirt hat, auch wenn ihm diese Cession und die dadurch auf B übergegangene utilis actio unbekannt ist, doch von A nicht mehr Recht abgetreten und verpfändet erhält, als A selbst hatte[3]), also nicht mehr als ein durch exceptio doli unwirksames Klagerecht; denn wer aus freien Stücken mit einem Anderen in Geschäfte sich einläßt, muß dessen Verhältnisse kennen oder die Folgen seiner Unkenntniß tragen[4]). Wird doch Niemand behaupten: wenn C und B bei der Klagerhe-

---

[1]) Vergl. Donelli, comm. XV, 44 §. 21. 22. auch ad leg. 3 C. de novat. Bähr a. a. O. S. 414 ff. — — [2]) l. 1 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1), c. 31 in VIto de reg. jur. (5. 12), cf. l. 1 §. 6 D. de aedil. ed. (21. 1), l. 20 §. 11 D. de her. pet. (5. 3). — — [3]) l. 54, l. 175 §. 1, l. 177 pr. D. de reg. jur. (50. 17). Seuffert, Arch. VII, Nr. 301. VIII, Nr. 248. XI, Nr. 227. — S. Th. I, S. 103 not. 91. — — [4]) l. 19 pr. D. de reg. jur. (50. 17).

bung oder Zahlungseinziehung zusammentreffen, so habe nicht C dem B, sondern B dem C zu weichen, obgleich B unbestritten vor A den Vorrang gehabt haben würde.

Anders steht es um denjenigen, welcher bereits vor dem stattgehabten Gläubigerwechsel zu der Forderung in einem bestimmten Rechtsverhältnisse stand, wie der Cessus und hinsichtlich der Prioritätsfrage auch ein anderer Gläubiger des Cessus. Dergleichen Personen werden ohne ihr Zuthun von den die Forderung betreffenden Veränderungen berührt und dürfen deshalb die ihnen aus deren Unbekanntschaft drohenden Nachtheile durch eine exceptio doli oder entsprechende exceptio in factum auf den Cessionar abwälzen, dem mit Recht zum Vorwurfe gemacht wird, diejenige Bekanntmachung unterlassen zu haben, ohne welche sie den durch die Vermuthung für die Fortdauer des einmal begründeten Rechtsverhältnisses gerechtfertigten Irrthum, daß der Cedent noch immer klagberechtigter Gläubiger sei, nicht zu überwinden vermochten.[5]) Oder sollte nicht Schonung bei ihnen ebenso geboten sein, als bei dem Schuldner, welcher dem Mandatar seines Gläubigers Zahlung leistet, nachdem das Mandat ohne sein Wissen erloschen ist[6])? Nur ist ohne Zweifel auch hier anzunehmen, daß der Schuldner, um dem berechtigten Gläubiger gegenüber entlastet zu werden, bereit sein muß, die auf Unkosten desselben wider den Unberechtigten erworbenen Klagerechte, z. B. wenn er demselben gezahlt hat, die dadurch erlangten condictiones ob causam abzutreten[7]).

Demgemäß sind wir oben belehrt worden[8]), daß dem Fiscus als Singularsuccessor eines Privatgläubigers versagt wird, theils von seinem Zinsenprivilegium Gebrauch zu machen, bevor sein Erwerb der utilis actio entschieden und dem debitor cessus bekannt geworden ist, theils seiner Prioritätsprivilegien zu genießen, bevor er anderen Gläubigern des debitor cessus Gelegenheit zur Kenntnißnahme der Veränderung und zur eignen Sicherung gegeben hat.

Demgemäß heißt es ferner bei Scävola in einer ebenfalls schon früher abgedruckten Pandectenstelle[9]): „Wenn der minderjährige suus, welcher aus der väterlichen Erbschaft Gelder verliehen und theilweise

---

[5]) Cic. de offic. III, 17 . . intelligitur, hoc secundum naturam esse, neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscientia. arg. l. 19 pr. D. de reg. jur. (50. 17), l. 29 pr. §. 1. 2. 3 D. mand. (17. 1), l. 39 D. de don. int. V. et U. (24. 1), l. 21 D. ad SC. Treb. (36. 1). — — [6]) l. 12 §. 2, l. 32, l. 34 §. 3, l. 51, l. 106 D. de solut. (46. 3), l. 26 §. 1 D. mand. (17. 1). Bähr a. a. O. S. 415 ff. — — [7]) S. Th. II, S. 237 ff. Der Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 335 versäumt dieses hervorzuheben. — — [8]) S. Th. II, S. 223 ff. l. 6 D. de jure fisci (49. 14). — — [9]) l. 90 D. de solut. (46. 3). S. Th. 1, S. 497 f.

vom Schuldner zurückempfangen hat, der Erbschaft durch in integrum restitutio sich entschlage, so solle der hinsichtlich der Erbschaft an die Stelle des suus tretende curator bonorum die ihm, wie wenn cedirt wäre, gegebene utilis condictio wegen der dem suus zurückgezahlten Darlehnsraten gegen den Schuldner nicht durchsetzen können, der Schuldner vielmehr durch die Rückzahlung an den direct berechtigten suus liberirt sein, weil es unbillig sein würde, die völlig unverschuldete Unbekanntschaft mit der nachträglich dem curator allerdings auch für die Vergangenheit gegebenen utilis actio dem Schuldner zum Nachtheil gereichen zu lassen.

Demgemäß lehrt endlich Papinian im zweiten Buche der Quästionen[10]):

Venditor hereditatis emtori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui ignorabat, venditam esse hereditatem, transegit: si emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est.

Idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

Wenn der Erbschaftsschuldner mit dem Erbschaftsverkäufer sich vergleicht, ohne zu wissen, daß die Erbschaft verkauft worden, so soll er dem Erbschaftskäufer, welcher später die Schuld einzuziehen versucht, die exceptio transacti negotii[11]) entgegensetzen dürfen, nicht etwa weil der Erbschaftsverkäufer noch wirklich Gläubiger ist oder war, sondern obgleich derselbe es nicht mehr ist oder war, weil der Schuldner von dem hinter seinem Rücken geschehenen Gläubigerwechsel keinen Nachtheil erleiden darf, oder — wie Papinian sich ausdrückt — propter ignorantiam suam.[12])

Dasselbe Recht soll dem Erbschaftsschuldner gegen den Universalfideicommissar zustehen, wenn er sich, ohne von der fideicommissarischen Restitution zu wissen, mit dem Fiduciar verglichen hat, obgleich der Fiduciar mit der Restitution unzweifelhaft aufgehört hat, heres cum re zu sein.[13])

---

[10]) l. 17 D. de transact. (2. 15). Schol. 1 zu Basil. XI, 2 c. 17 (Heimb. I, p. 688 sq.). — — [11]) l. 3 §. 2, l. 16 D. de transact. (2. 15). — — [12]) Schol. 1 zu Basil. XI, 2 c. 17 (Heimb. I, p. 689) . . *ταύτην γὰρ αὐτῷ διὰ τὴν ἄγνοιαν ὁ νόμος δίδωσι παραγραφήν* — hanc enim ei exceptionem lex propter ignorantiam concedit. Donelli, comm. XV, 44 §. 23. — — [13]) l. 63 §. 2 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), cf. l. 27 §. 7 D. eod.

Beide Entscheidungen beruhen also auf dem gleichen Grunde, daß zwar ohne Weiteres sowohl der Erbschaftskäufer durch den Kauf vermöge des Rescripts Antonins des Frommen[14]), als der Fideicommissar durch die Restitution vermöge des Trebellianischen Senatusconsults utiles actiones suo nomine erlangt hat, die den Erbschaftsschuldner verpflichten, fortan den Erbschaftskäufer und den Fideicommissar als seine Gläubiger anzusehen und die directae actiones des Erbschaftsverkäufers und des Fiduciars durch exceptio auszuschließen[15]), daß aber der Erbschaftsschuldner nothwendig mit der Sachlage bekannt sein muß, um dieser Pflicht genügen zu können, und billiger Maßen die Folgen seiner Unkunde auf den Erbschaftskäufer und Fideicommissar abladen darf, die ihm die erforderliche Kunde zu verschaffen versäumten.

Die exceptio doli als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks, wenn der Prätor außer der Richtigkeit auch die Erheblichkeit der betreffenden Thatsachen zur Beurtheilung des judex glaubt verstellen zu dürfen, kann hier, wie allenthalben für den Fall, daß der Prätor die Erheblichkeit selbst geprüft hat und das Ermessen des judex auf die Richtigkeit der Thatsache beschränken will, in die entsprechende exceptio in factum aufgelöst werden.[16]) Papinian erklärt demzufolge im Fragefalle die auf die Thatsache eines zwischen dem unkundigen Erbschaftsschuldner und dem Erbschaftsverkäufer oder Fiduciar abgeschlossenen Vergleichs gestellte Einrede auch gegen den Erbschaftskäufer oder Fideicommissar für zulässig, indem er zugleich auf deren Eigenschaft als einer die exceptio doli vertretenden exceptio in factum durch den Ausdruck: accommodanda est[17]) aufmerksam macht, um desto sicherer dem Irrthum vorzubeugen, als habe hinsichtlich des Vergleichs etwas Besonderes gesagt sein sollen, was nicht auch unter gleichen Voraussetzungen hinsichtlich aller anderen zwischen dem Schuldner und dem Erbschaftsverkäufer oder Fiduciar durch Zahlung, Compensation, Acceptilation, Novation, Nachlaß- und Stundungsverträge, Litisconteſtation, Urtheil, Eid u. s. w. getroffenen Abkommen ebensowohl gelten würde[18]), sofern nur nicht gerade ein schenkweiser

---

[14]) l. 16 pr. D. de pact. (2. 14). S. Th. 1, S. 196. — — [15]) S. Th. II, §. 19. — — [16]) cf. l. 2 pr. D. si quis caut. (2. 11), l. 8 D. de condict. ob turp. caus. (12. 5), l. 29 pr. D. mand. (17. 1), l. 4 D. de servit. (8. 1), l. 13 D. de usur. (22. 1), l. 44 pr. D. de O. et A. (44. 7), l. 7 §. 3 D. de jure dot. (23. 3) cett. — — [17]) l. 2 §. 8 fin. D. si quis caut. (2. 11), cf. l. 2 pr. D. eod., woselbst die exc. doli die exc. transacti negotii vertritt. — — [18]) cf. l. 2 §. 5, l. 23 §. 1 D. de her. vel act. (18. 4), l. 4 §. 8 D. de exc. doli (44. 4). Seuffert, Arch. V, Nr. 86.

Erlaß vorliegt, welchen der Schuldner nicht aufrecht erhalten kann, ohne seinerseits dem Vorwurfe der Unredlichkeit zu verfallen, sich auf Unkosten des Cessionars bereichern zu wollen.[19])

Irre machen an dieser einfachen, mit der Baselikenscholie übereinstimmenden [20]) Erklärung darf auch etwa nicht der Umstand, daß der Erbschaftskäufer in dem von Papinian unterstellten Falle außer dem fingirten auch ein wirkliches mandatum actionis vom Erbschaftsverkäufer erhalten hat; denn der Grund der dem Erbschaftsschuldner gewährten Einrede wird deßungeachtet, wie gegenüber dem Fideicommissar in die Unkunde der geschehenen Restitution, so gegenüber dem Erbschaftskäufer in die Unkunde des geschehenen Verkaufs oder desjenigen Vorgangs gesetzt, auf welchem die von Papinian mit Nachdruck betonte Aehnlichkeit mit dem Fideicommiß vorzugsweise beruhet. Diese Begründung paßt aber nur, wenn man annimmt, der Erbschaftskäufer habe seine Klagberechtigung aus der mit dem Erbschaftskaufe verbundenen Cessionsdichtung, nicht aus dem später wirklich empfangenen Mandate abgeleitet. Hätte der Erbschaftskäufer mit Unterdrückung der ihm aus dem fingirten Mandate erwachsenen utilis actio auf Grund des später empfangenen wirklichen Mandats, sei es direct im Namen des Erbschaftsverkäufers, sei es utiliter im eignen Namen geklagt, so würde nach seiner eignen Darstellung das durch den Vergleich betroffene Klagerecht im ersten Falle bis zur litiscontestatio, im zweiten Falle wenigstens bis zur Ertheilung des wirklichen Mandats zum Vermögen des Erbschaftsverkäufers gehört haben, der Erbschaftsverkäufer also ebenso lange über dasselbe durch Vergleich zu verfügen berechtigt gewesen sein und der Erbschaftsschuldner keine Ursache haben, zu dem Zwecke, damit die Einrede aus dem mit dem Erbschaftsverkäufer abgeschlossenen Vergleiche gegen den Erbschaftskäufer Wirksamkeit äußere, im ersten Falle auf Unkunde überhaupt, im zweiten Falle auf die Unkunde des geschehenen Verkaufs, statt auf die allein ins Gewicht fallende Unkunde des wirklich ertheilten Mandats, sich zu berufen.

Daß die der fingirten Cession später hinzugetretene wirkliche Cession ein für Papinian's Entscheidung völlig gleichgültiges Moment ist, bestätigt außerdem Cyrillus, indem er den Sinn unseres Bruchstücks dahin wiedergiebt[21]):

---

19) S. Th. 2, S. 239 Nr. 7. Vergl. Schäfer im Arch. f. prakt. Rechtsw. I, S. 154 Nr. 8. Bähr in Jahrb. f. Dogmat. I, S. 419. — — 20) Schol. 1 zu Basil. XI, 2 c. 17 (Heimb. I, p. 689). — — 21) Schol. 1 Abs. 2 zu Basil. XI, 2 c. 17 (Heimb. I, p. 689): Si debitor ignorans cum eo, penes quem incorporale hereditatis erat, transegerit, exceptionem habet vel adversus emtorem hereditatis, licet huic cessae sint actiones.

Ἐὰν ὁ δεβίτωρ· ἀγνοῶν πρὸς τὸν ἔχοντα τὸ ἀσώματον τῆς κληρονομίας διαλύσηται, ἔχει παραγραφὴν ἢ πρὸς τὸν ἀγοραστὴν τῆς κληρονομίας, κἂν ἐξεχωρήθη τὰς ἀγωγάς.

Denn da Cyrillus dem Schuldner wegen seiner Unwissenheit aus dem mit dem Erbschaftsverkäufer geschlossenen Vergleiche eine Einrede gegen den Erbschaftskäufer ertheilt, auch wenn Letzterem die Klagen wirklich cedirt sind, so erklärt er die Einrede wegen Unwissenheit des Schuldners noch mehr für zulässig, wenn die Klagen nicht auch noch wirklich cedirt sind, der Erbschaftskäufer vielmehr lediglich auf Grund fingirter Cession utiliter im eignen Namen zu klagen vermag.

Steht aber fest, daß mit oder ohne mandatum actionis die Unbekanntschaft mit dem stattgehabten Erbschaftskaufe der Grund ist, warum dem Erbschaftsschuldner gegen die utilis actio des Erbschaftskäufers aus dem mit dem Erbschaftsverkäufer abgeschlossenen Vergleiche eine Einrede gegeben wird, so folgt, daß die Einrede durch jede wie auch immer erlangte Bekanntschaft mit dem stattgehabten Erbschaftsverkaufe ausgeschlossen sein muß und der Schuldner dazu keineswegs die förmliche denunciatio des Erbschaftskäufers erwarten darf, sondern ebenso sehr die unförmliche Benachrichtigung des Käufers, des Verkäufers oder eines jeden beliebigen Dritten beachten muß und gar keiner Benachrichtigung bedarf, wenn er ohnedies mit der Sachlage bekannt ist; denn unter allen Umständen würde der Cessionar die Nichtberücksichtigung seines besseren Rechts dem Schuldner als dolus vorwerfen und dadurch die diesem sonst zustehende exceptio doli vereiteln können, da Tryphonin mit gutem Grunde sagt[22]): Probo, hanc esse justitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae justiore repetitione. Papinians Bruchstück steht daher im besten Einklange mit denjenigen Bruchstücken Ulpian's, welche den aus einer selbsterwirkten res judicata, aus einer selbstbegründeten stipulatio judicatum solvi, aus einem selbstgeschworenen Eide oder selbstgeschlossenen constitutum direct im eignen Namen klagenden Proceßprocurator ohne Weiteres einer Einrede des Schuldners und den Schuldner, welcher die Einrede vorzuschützen versäumt, ohne Weiteres der Gefahr doppelter Zahlung unterwerfen[23]), weil dem Schuldner von Anfang an bekannt ist, daß die res judicata,

---

[22]) l. 31 §. 1 D. depos. (16. 3); cf. Schol. 4 zu Basil. XIII, 2 c. 31 §. 1 (Heimb. II, p. 58). — — [23]) l. 27 §. 1, l. 28 D. de procur. (3. 3), l. 39 §. 1 D. eod., l. 86 D. de solut. (46. 3). S. Th. 2, S. 20. 178. 186, Th. 1, S. 408. 435 ff. Vergl. Mühlenbr., Ceff. §. 51, S. 513 f.

die Stipulation, der Eid und das Constitutum des Proceßprocurators dem dominus durch fingirte Cession eine utilis actio verschafft hat. Diese Uebereinstimmung zeigt endlich, daß die von Papinian zur Anwendung gebrachten Grundsätze die für alle Fälle gültige Regel bilden und keineswegs — wie Mühlenbruch[24]) und andere Rechtslehrer wähnen — bloß als ein jus singulare auf den Uebergang eines ganzen Vermögens beschränkt sind. Ebendaher sind dieselben auf die Cession dinglicher Klagen auszudehnen, da sich dabei der Beklagte in keiner anderen Lage befindet, als bei der Cession persönlicher Forderungen, und Justinian ausdrücklich einschärft, den kraft fingirter Cession utiliter im eignen Namen klagenden Käufer einer in rem actio gerade so zu behandeln, als den Käufer einer in personam actio[25]).

Das Resultat der vorstehenden Erörterung läßt sich dahin zusammenfassen: Jedwede Kunde des Schuldners von der stattgehabten Cession oder Quasicession, welche in der deßungeachtet fortgesetzten Annahme des Cedenten oder Quasicedenten als Gläubigers einen dolus des Schuldners gegen den Cessionar oder Quasicessionar würde erkennen lassen, reicht aus, um den Schuldner anstatt des Cedenten oder Quasicedenten dem Cessionar oder Quasicessionar zu verbinden; nur justa ignorantia ist im Stande, rechtsbefreienden Vorgängen zwischen Schuldner und Cedenten oder Quasicedenten mittelst der exceptio doli auch gegen den Cessionar oder Quasicessionar Wirkung zu verschaffen.

Ob und inwiefern justa ignorantia vorhanden sei, hängt gänzlich von den Umständen des concreten Falles ab; denn an d o l o quid factum sit, ex f a c t o intelligitur[26]). Zur Belehrung kann indeß auf die ansprechenden Untersuchungen verwiesen werden, denen Bähr in dieser Richtung sich unterzogen hat[27]). Nach denselben darf unter anderem als gewiß angesehen werden, daß nicht schon jedes unsichere Gerücht stattgehabter Cession den Schuldner nöthigen kann, auf die Gefahr eignen Nachtheils — sei es auch nur in Betreff der Proceßkosten — der directa actio des Cedenten oder Quasicedenten die exceptio doli entgegenzusetzen, der Schuldner vielmehr eine sichere Grundlage beglaubigter Nachrichten haben muß und ohne solche höchstens verpflichtet erachtet werden kann, von dem Angriffe des Cedenten dem Cessionar zu dem Zwecke Anzeige zu machen, damit dieser selbst seine Rechte wahre[28]). Auch ist wohl nicht zu bezweifeln, daß der

---

24) Cession §. 47, S. 494 f. Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 655. — — 25) l. 9 C. de her. vel act. (4. 39). S. Th. 1, S. 200 f. — — 26) l. 1 §. 2 D. de doli exc. (44. 3). — — 27) Jahrb. für Dogmat. Th. 1, S. 414 ff. — — 28) l. 31 §. 1 D. depos. (16. 3). S. Th. II, §. 35 a. E.

Erbe des Schuldners ungeachtet der seinem Erblasser glaubhaft zugegangenen Benachrichtigung, der Correalschuldner ungeachtet der dem Mitverpflichteten, der Bürge ungeachtet der dem Hauptschuldner, und umgekehrt der Hauptschuldner ungeachtet der dem Bürgen zuverlässig innewohnenden Kunde in gerechter Unwissenheit sich befinden kann [29]); daß der in gerechter Unwissenheit zwischen Schuldner und Cedenten zu Stande gekommene Befreiungsact seine Wirkungen auf gutgläubige Dritte ebensoweit erstreckt, als ob er zwischen den rechten Parteien Statt gehabt hätte, so daß z. B. die Zahlung des unwissenden Verpflichteten alle Correalverpflichtete, die Zahlung des unwissenden Bürgen den Hauptschuldner, die Zahlung des unwissenden Hauptschuldners den Bürgen nicht bloß dem Cedenten, sondern auch dem Cessionar gegenüber entlastet, selbst wenn die Mitverpflichteten besser unterrichtet gewesen sein sollten, da dieselben ihrerseits theils zu der dem unrechten Gläubiger geleisteten Zahlung z. B. in Betreff der ihnen obliegenden Zahlungserstattung, in demselben Rechtsverhältnisse stehen, als wäre sie dem rechten Gläubiger geleistet worden [30]), theils, sofern sie nur sonst des dolus sich enthalten, in keiner Weise verpflichtet erscheinen, dem Cessionar weder die Last der Benachrichtigung, noch die Folgen unterlassener Benachrichtigung abzunehmen [31]).

Im Uebrigen hat die Unbekanntschaft der utilis actio im Gefolge unterbliebener Certioration ganz gleiche Wirkungen mit der Unentschiedenheit der utilis actio vor vollzogener Denunciation, weshalb für das Einzelne ohne Weiteres auf die in Betreff der letzteren gelieferten Ausführungen verwiesen werden kann [32]).

Viertes Kapitel.

Voraussetzungen der utilis actio.

Uebersicht des Folgenden.

Nach dem vorstehend entwickelten Grundgedanken der utilis actio müssen deren Voraussetzungen äußerst einfach sein. In der That wird §. 24.

[29]) l. 43 D. de reg. jur. (50. 17), l. 29 §. 1. 2 D. mand. (17. 1). — — [30]) S. Th. II, S. 239 ff. — — [31]) S. Th. II, S. 240 ff. Bähr, Jahrb. f. Dogmat. I, S. 420 ff. — — [32]) S. Th. II, S. 236 ff.

außer der schon im ersten Theile dieses Werks besprochenen justa causa [1]) nichts weiter erfordert als

A. der wirkliche oder fingirte Empfang eines mandatum agendi;

B. die allgemeine Fähigkeit zu veräußern in der Person des Cedenten, und zu erwerben in der Person des Cessionars;

C. ein Klagerecht, auf eine Leistung gerichtet, welche überhaupt und ohne Veränderung ihres Wesens Namens des Cedenten dem Cessionar zu schließlich eignen, durch die causa der Cession bestimmten Zwecken geschehen kann.

Alles, wodurch sonst noch das directe agere alieno nomine bedingt ist, hängt mit den Eigenthümlichkeiten dieser Klagform zusammen, muß daher bei der vom Cessionar im eignen Namen anzustellenden utilis actio hinwegfallen, und fällt wirklich hinweg. Die utilis actio ist namentlich unabhängig:

zu A. von der Zustimmung des Cedenten zur litiscontestatio des Cessionars;

zu B. von der Fähigkeit des Cedenten, durch Andere, und des Cessionars, für Andere zu klagen;

zu C. von der Tauglichkeit des Klagrechts zu processualischer Delegation.

Vielmehr ist es gerade die in diesen Beziehungen der utilis actio zukommende Selbständigkeit, die dem Cessionar diejenige Sicherheit gewährt, welche das directe agere alieno nomine schmerzlich vermissen läßt. Die nachfolgende Erörterung hat daher den Beweis zu führen, daß zur utilis actio allerdings jene drei erstgenannten, nicht aber diese drei letztgenannten Momente unerläßlich seien.

Erstes Erforderniß.

Die wirkliche oder fingirte Ertheilung eines Klagauftrags.

§. 25. Wie im ersten Theile dieses Werks dargelegt ist [1]), erfordert die utilis actio in der Regel die wirkliche und in den daselbst einzeln

---

1) S. Th. I, S. 30 ff.

1) S. Th. I, S. 15 ff. S. 183 ff. in Verbindung mit S. 30 ff.

aufgeführten Ausnahmefällen die fingirte Ertheilung eines Klagauftrags, und zwar beides auf Grund einer unterliegenden justa causa. Solche Ertheilung eines Klagauftrags reicht aber auch aus, um die utilis actio zu begründen; denn wie Paulus an der einen Stelle sagt: Si in rem suam procurator datus est, domini loco habetur[2]), so knüpft Ulpian in einer anderen Stelle das Vermögen, utiles actiones im eignen Namen trotz aller Gegenanstrengungen des Cedenten durchzusetzen, an keine andere Voraussetzung, als daß man zum procurator in rem suam ernannt worden sei[3]); und wie die Basiliken an dem einen Orte dem procurator in rem suam als solchem utiles actiones auf eignen Namen zuschreiben[4]), so erklären die Scholien an anderen Orten, ohne weiterer Erforderniſſe zu gedenken, daß in eignem Namen zu erhebende utiles actiones auf den procurator in rem suam übertragen werden[5]). Dieses Erforderniß, nicht mehr und nicht weniger, hat daher derjenige, welcher als prätorischer Forderungsnachfolger klagen will, einerseits dem Schuldner nachzuweisen und zu guarantiren, andererseits sich selbst wieder vom Forderungsvorgänger guarantiren zu lassen.

Der Gegenstand des Beweises, der Guarantie und der Rückguarantie des utiliter im eignen Namen und des direct in des Cedenten Namen klagenden Cessionars ist demnach sehr verschieden. Bei dem direct in des Cedenten Namen klagenden Cessionar besteht derselbe in der auf Grund einer justa causa erklärten Zustimmung des Cedenten zu der litiscontestatio des Cessionars, bei dem utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar dagegen lediglich in der auf eine justa causa zurückzuführenden wirklichen oder fingirten Ertheilung eines Klagauftrags; denn der Klagauftrag hat hier eine ganz andere Bedeutung, als beim directe agere alieno nomine. Dort ist er die Erlaubniß des Cedenten zu einer erst durch die Proceßführung des Cessionars zu bewirkenden Güterbewegung, und kann deshalb sowohl vor der Ausführung durch Tod und Widerruf des Cedenten oder Tod des Cessionars erloschen sein, als nach der Ausführung durch Ratihabition ersetzt werden; hier ist er ein Act unmittelbarer Vermögensübertragung, welcher eine prätorische Singularsuccession des Cessionars in den unveränderten Inhalt des bis dahin dem Cedenten zugehörig gewesenen Klagrechts begründet und das dem Cessionar überkommene Recht

---

[2]) l. 13 §. 1 D. de pact. (2. 14). S. Th. I, S. 8 f. — — [3]) l. 55 D. de procur. (3. 3). S. Th. I, S. 17. — — [4]) Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 20 sq.). S. Th. I, S. 9 f. — — [5]) Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 6 (Heimb. III, p. 21), Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 13 (Heimb. I, p. 584). S. Th. I, S. 18.

sofort als ein vollständig erworbenes erscheinen läßt, ebendeshalb aber auch nothwendig in Wahrheit oder Dichtung der Klaganstellung des Cessionars vorausgegangen sein muß und in seinen Folgen weder durch Tod und Widerruf des Cedenten, noch durch Tod des Cessionars aufgehoben oder verkümmert werden kann.

Freilich kann die eintretende Singularsuccession unter Umständen bedingt und insbesondere potestativ von einem späteren Entschlusse des Nachfolgers abhängig sein [6]); dieselbe wird aber auch in diesem Falle, wenn die Bedingung oder der Entschluß für sie günstig ausfällt, bis zum wirklichen oder erdichteten Empfange des Klagauftrags zurückgezogen [7]), mithin in ihrer zwar zur Schonung des Cessus beschränkten, jedoch unter jeder Voraussetzung dem Tode und Widerrufe des Cedenten wie dem Tode des Cessionars trotzenden Wirksamkeit von dem wandelbaren Verhältnisse des direct in fremdem Namen klagberechtigten Cessionars immer noch scharf und deutlich unterschieden.

Dort hat sich demgemäß der Cessionar „zum Proceß", hier „zur Sache" zu legitimiren; dort ist die zu dem Ende erforderliche Nachweisung und Guarantie unerläßliche Vorbedingung des Processes, und deshalb in einem vom Hauptverfahren getrennten Präliminarverfahren zu erledigen, hier begreift sie einen Theil des Klaggrunds, beziehungsweise der Voraussetzungen zur Aufrechthaltung desselben [8]), findet daher — wenige ein besonderes prätorisches Decret und folgeweise ein besonderes Vorverfahren erheischende Ausnahmsfälle von Quasicession abgerechnet [9]) — in der Regel [10]) nur in Verbindung mit der Verhandlung und dem Beweise der übrigen Theile des Klaggrunds, beziehungsweise der Voraussetzungen zur Aufrechthaltung desselben, ihre Erledigung [11]) und äußert im Fall der Nichterledigung keine anderen

---

6) S. Th. II, S. 200 ff. — — 7) S. Th. II, S. 201 ff. — — 8) Bethm.-Hollw., Vers. S. 82 ff. Linde in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 3, S. 305. Brackenhoeft im Rechtslexic. VI, S. 378 ff. Wetzell, Proc. 2. Aufl. S. 134. — — 9) S. Th. I, S. 193 f. Auch die Cession einer schon rechtshängigen Klage, soweit sie zuläßig ist, kann eine getrennte Erledigung des Legitimationspunkts nöthig machen. Bethm.-Hollw., Vers. S. 117 ff. — — 10) Aus Zweckmäßigkeitsgründen kann indeß der Richter sowohl bei diesem, wie bei jedem anderen Theile des Klaggrunds zur Abkürzung des Verfahrens eine gesonderte Vorverhandlung vor der hinsichtlich der übrigen Theile des Klaggrunds zu eröffnenden Gesammtverhandlung eintreten lassen. Gensler, Handb. V, S. 155 f. Bethm.-Hollw., Vers. S. 133 ff. Schmid, Handb. I, S. 181. Sammlung v. Entscheid. in Rostock'schen Rechtsf. II. Forts. S. 200. Braunschw. Proceßordn. v. 1850 §. 105. — Brackenhoeft im Rechtslexic. VI, S. 381 ff. will die gesonderte Behandlung stets eintreten lassen, wenn der Beklagte eine besondere exceptio defic. legitimat. ad causam formulirt hat. — — 11) Durant. specul. jur. I, 2 tit. de actore. n. 72—74. Cum quis agit nomine suo . . . puta

Folgen, als der Mangel der Activlegitimation überhaupt zu äußern pflegt[12]).

Nach dem Vorgange der Praktiker des sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderts[13]) ist diese Lehre zwar neuerdings wieder von Bähr[14]) bekämpft worden, jedoch nicht — wie mich dünkt — ohne gerade in diesem Punkte den sonst so entschieden hervorgehobenen Charakter der heutigen Cession als einer Singularsuccession in den Inhalt des abgetretenen Klagrechts zu verleugnen und die sonst streng auseinander gehaltenen Erfordernisse des vom Cessionar dem Richter gegenüber zu führenden Beweises der Cession und der vom Cessionar dem Cessus gegenüber zu übernehmenden Guarantie der Cession auf unklare Weise zu vermengen. Was Bähr zu seiner Meinung verleitete, war das unbestreitbare und doch von Theorie und Praxis meist verkannte Bedürfniß, den mit seiner Leistung an den Cessionar gewiesenen Cessus gegen erneuerte Anforderungen des Cedenten sicherzustellen; allein diesem Bedürfniß kann und muß genügt werden, ohne die im Allgemeinen als richtig erkannten Ansichten über Sachlegitimation in ihrer besonderen Anwendung auf Cession durch die Gleichbehandlung der Sachlegitimation mit der innerlich völlig verschiedenen Proceßlegitimation zu entstellen.

Alles dieses ist außer Zweifel oder doch leicht außer Zweifel zu setzen, wenn der zuvörderst zu unternehmende Beweis gelingt, daß die einmal durch die wirkliche oder fingirte Ertheilung eines Klagauftrags unbedingt oder auch nur bedingt entstandene utilis actio unzerstörlich

---

ex jure cesso vel similibus, non tenetur ante litiscontestationem ostendere . . ., sibi jus esse cessum. Hujusmodi enim exceptiones: non est tibi jus cessum . . ., si probentur, perimunt intentionem agentis et ideo litiscontestationem non impediunt. Ibid. II, 2 tit. de instrum. edit. §. 5 n. 4. Sed quid: ecce T. cedit mihi jus et actiones, quas habet contra P. Convenio ipsum P. ipse vero ante litiscontestationem petit copiam instrumenti cessionis. . . . puto, quia ante litiscontestationem non sunt admittendae probationes super principali . . ., si fieret copia ante litem contestatam, sequeretur absurditas. Vel dic, quod si ago meo nomine, scilicet actione utili, tunc non cogor exhibere ante litiscontestationem. — Bethmann-Hollweg, Vers. S. 80 ff. S. 111 ff. S. 127 ff. Schmid, Handb. I, S. 179 ff. Maren, Beweislast S. 13 f. S. 103 f. Bayer, Vorträge §. 21, S. 65 ff Wetzel, Syst. 2. Aufl. S. 134. Seuffert, Arch. XIV, Nr. 170. Mathiae, Controversenlexic. Bd. 3, Abtheil. 2, S. 4 ff. — — [12]) Bethm.-Hollw., Vers. S. 97 ff. Linde in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 3, S. 297 ff. Planck, dissert. de legitimatione ad causam (Götting. 1837) §. 18—22. Sintenis, Erläuterungen Hft. 2 u. 3, S. 547—580. Schmid, Handb. I, S. 185 ff. Bolgiano in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 18, S. 27 ff. S. 193 ff. — — [13]) Bethm.-Hollw., Vers. S. 130 f. — — [14]) Jahrb. f. Dogmat. I, S. 447 ff.

ist, daher unter allen Umständen das Bedürfniß der Sicherstellung nur deshalb und nur insofern hervorruft, weil und inwiefern der Cedent oder Quasicedent durch den vom Cessionar oder Quasicessionar dem Schuldner gegenüber geführten Beweis der Cession oder Quasicession nicht gebunden wird, und aus diesem Grunde troß jenes Beweises theils der Schuldner von wiederholten Angriffen des Cedenten oder Quasicedenten, theils in Folge dessen der Cessionar oder Quasicessionar von Regreßforderungen des Schuldners betroffen werden kann.

Daß aber in der That

I. nur die wirkliche oder fingirte Ertheilung eines Klagauftrags, nicht die Zustimmung des Cedenten zu der litiscontestatio des Cessionars erfordert wird,

und namentlich weder der Tod, noch der Widerruf des Cedenten, noch der Tod des Cessionars die unbedingt oder selbst nur bedingt in's Dasein getretene utilis actio irgendwie gefährdet, erhellet theils schon im Allgemeinen aus denjenigen früher abgedruckten Rescripten, welche bei der in eignem Namen zu unternehmenden Anstellung von utiles actiones von dem zum directe agere alieno nomine unerläßlichen Bestehen eines wirklichen Klagauftrags oder einer Ratihabition abzusehen gestatten [15]), weil der Cessionar vermittelst jener Klagform eignes Recht, und nicht, wie mittelst der direct im Namen des Cedenten betriebenen Klagerhebung, fremdes Recht des Cedenten geltend zu machen suche [16]), theils insbesondere, was

1. den Tod des Cedenten

betrifft, aus dem als l. 1 C. de O. et A. (4. 10.) in das Corpus juris aufgenommenen und in anderer Beziehung schon früher erklärten [17]) Rescripte des Kaisers Gordian an die Valeria, dessen griechische Uebersetzung in den Basiliken [18]) nach dem oben abgedruckten Eingange folgenden Schluß enthält:

---

[15]) l. 5 C. quando fisc. vel priv. (4. 15), l. 18 C. de legat. (6. 37). S. Th. II, S. 51. — — [16]) Diesen einfachen Sinn der in not. 1 erwähnten Constitutionen versucht Mühlenbr., Ceff. §. 16, S. 183 ff. vergeblich wegzudeuten, da sich das utiliter agere suo nomine des Cessionars von dem directe agere suo nomine des Delegatars äußerlich und innerlich in Voraussetzungen und Wirkungen genugsam unterscheidet. Vergl. z. B. Th. II, S. 103 ff. — — [17]) S. Th. II, S. 52 ff. — — [18]) Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21 sq.) . . Potest autem actiones datas (nicht mandatas, wie Heimbach übersetzt) suo nomine ut (weniger gut quasi) in rem suam procurator movere. Constitutiones enim cuilibet utpote (nicht tanquam) in rem suam

δύναται δὲ τὰς ἀγωγὰς δεδομένας ἰδίῳ ὀνόματι ὡς ἐν ἰδίῳ πράγματι προκουράτωρ κινεῖν. αἱ γὰρ διατάξεις τῷ ὡς ἐν ἰδίῳ πράγματι προκουράτωρι παρέχουσιν οὐτιλίαν ἀγωγήν, ὡσανεὶ αὐτὸς συνήλλαξεν.

Valeria, welche durch ein wirkliches mandatum agendi zur procuratrix in rem suam ernannt worden ist, soll auch nach des Cedenten vor der litiscontestatio erfolgtem Ableben die ihr in eignem Namen angebotenen utiles actiones in ihrer Eigenschaft als procuratrix in rem suam anstellen dürfen; denn die kaiserlichen Constitutionen gewähren dem procurator in rem suam als solchem (τῷ ὡς ἐν ἰδίῳ προκουράτωρι) eine utilis actio, als ob er selbst contrahirt hätte.

Es ist hier offenbar eine Rechtsregel ausgesprochen und nicht, wie Mühlenbruch wähnt[19]), bloß das allgemeine Erkennungsprincip von utiles actiones in einem einzelnen Falle zur Anwendung gebracht, um ein wirkungslos gewordenes Mandat durch eine erst zu erkennende utilis actio zu ergänzen.

Derselbe Sinn tritt in dem lateinischen Texte, wenngleich etwas verhüllter, zu Tage; denn Valeria, welche durch einen wirklichen Klagauftrag sowohl zum directe agere alieno nomine, als zum utiliter agere suo nomine befähigt worden ist, soll nach dem vor der litiscontestatio eingetretenen Tode des Cedenten zwar nicht mehr direct im Namen des Cedenten, wohl aber noch utiliter im eignen Namen zu klagen befugt sein und soll diese Befugniß, wie der im Gegensatze von dari, indulgeri, tribui gebrauchte Ausdruck competere anzeigt[20]), nicht aus einer concreten Verleihung des Magistrats, sondern aus dem allgemeinen Rechtsatze abzuleiten haben, daß die durch das mandatum agendi dem Cessionar zu Gebot gestellte utilis actio, selbst bevor sich der Cessionar für deren Gebrauch entschieden hat, durch den Tod des Cedenten nicht beeinträchtigt wird[21]). Der Basilikenscholiast Patricius bestätigt das ausdrücklich. Bei der Erklärung der sechsten Constitution desselben Codextitels, worin nach der ursprünglichen Leseart[22]) für einen Gläubiger, welcher von seinem Schuldner eine Forderung an Zahlungs Statt empfangen hat und durch wirklichen Klagauftrag zum procurator in rem suam bestellt worden ist, die Zu-

---

procuratori utilem actionem dant, quasi ipse contraxisset. — —
[19]) Cess. §. 16, S. 194 f. — — [20]) cf. §. 1 J. de perpet. et temporal. act. (4. 12). Schrader ad h. l. — — [21]) arg. l. 2 §. 5 D. de donat. (39. 5). Vergl. indeß auch l. 9 §. 1 D. de jure dot. (23. 3). Dazu kommen §. 25 J. de inutil. stip. (3. 19), l. 8 pr. D. de peric. et comm. (18. 6), l. 57 D. de V. O. (45. 1), l. 27 D. pro soc. (17. 2). — — [22]) S. Th. I, S. 28 f.

lässigkeit des directe agere ex persona cedentis durch die Lebensfortdauer des Cedenten bedingt wird, heißt es[23]):

ἀντέθηκε δὲ ὁ ἥρως Πατρίκιος ἑαυτῷ τὴν α΄. διάταξιν τούτου τοῦ τίτλου λέγων· Τίνος ἕνεκεν περιόντα ἀπαγγέλλει τὸν χρεώστην, ὅποτε ἐν ἐκείνῃ τῇ διατάξει καὶ τελευτήσαντος αὐτοῦ τὴν οὐτιλίαν δέδωκε; καὶ ἀπέλυσεν οὕτως· ὅτι ἡ διάταξις αὕτη οὐδαμοῦ τὴν οὐτιλίαν ἀνεῖλεν τελευτήσαντος αὐτοῦ, ἀλλὰ ζῶντος αὐτοῦ μέμνηται, ὡς μέλλουσα ἀντεισάγειν τὸ ex ejus persona. εἰ δὲ ἐτελεύτησεν, οὐκ ἔτι ἐδύνατο ἐκ προσώπου αὐτοῦ κινῆσαι, ἀλλὰ λοιπὸν ἀνάγκην εἶχεν χρήσασθαι οὐτιλίᾳ ἐκ προσώπου ἰδίου.

Das Recht des Cessionars zur Anstellung der utilis actio soll durch den vor der litiscontestatio erfolgten Tod des Cedenten nicht aufgehoben werden, muß also schon durch die Cession dem Cessionar neben der Befugniß zum directe agere ex persona cedentis eingeräumt worden sein[24]), so daß der Cessionar, welcher die Befugniß zum directe agere ex persona cedentis durch den Tod des Cedenten verloren hat, zwar genöthigt ist, die utilis actio aus eigner Person zu gebrauchen, durch den Gebrauch aber gleichwohl nur seinen Willen offenbart, die utilis actio schon seit dem Empfange des Klagmandats gehabt zu haben; ein Ergebniß, welches Donellus[25]) in Uebereinstimmung mit Cujacius[26]) im Ganzen ebenso dahin ausdrückt: perinde ei utiles actiones competere, non quae nunc primum incipiant, cum ostenderimus et has longe ante coepisse ex voluntate mandantis, sed quae nunc solae sint.

---

23) Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 10 (Heimb. III, p. 23). Clarissimus autem Patricius opponit constit. 1 hujus tit. Cur, inquit, superstitem debitorem fuisse dicit haec constitutio, cum in illa constitutione mortuo quoque debitore utilem dedit? Et ita solvit: hac constitutione non tolli utilem actionem eo mortuo, sed meminisse ejus superstitis, quod deberet hoc subjicere: ex ejus persona. Si vero decessisset, non poterat ex ejus persona agere, sed necesse habebat utili uti ex persona sua. Der auf diese Worte folgende Schluß der Scholie, welcher nach den Worten: *Καὶ κανωνίζεται οὕτως.* Atque ita definitur (nicht definit, wie Heimb. übersetzt) das ebenso seichte als irrige Urtheil eines ungenannten jüngeren Scholiasten über des Patricius richtige Erklärung enthält, verdient in keiner Hinsicht Beachtung. — — 24) l. 208 D. de reg. jur. (50. 17); denn non potest videri desiisse habere, qui nunquam habuit. — — 25) Comment. XV, 44 §. 17 (ed. Bucher IX, p. 464). — — 26) Comment. ad Cod. III, 10 (opp. IX, p. 240 sq.).

Unser Rescript fügt hinzu einerseits: dem Cessionar stehe die utilis actio sogar dann zu, wenn der Cedent erblos verstorben sei; andererseits: die utilis actio stehe demselben nur dann zu, wenn er einen wirklichen Klagauftrag erhalten habe.

Jene erste Bemerkung will die Unabhängigkeit der utilis actio des Cessionars von der directa actio des Cedenten dadurch, daß diese ohne jene durch den erblosen Tod des Cedenten aufgehört hat[27]), in hellem Lichte zeigen, gewiß aber nicht nach des Cujacius[28]) Meinung sagen, nur der unbeerbte, nicht auch der beerbte Tod des Cedenten sei der utilis actio des Cessionars unschädlich; sonst würden Patricius und andere griechische Scholiasten den von uns gebilligten Sinn der Stelle nicht wiedergeben, ohne der Erblosigkeit des Cedenten zu erwähnen[29]).

Die zweite Bemerkung, auf welche die ersten Worte des Schlußsatzes: Quae si ita sint, utilis actio competit. sich beziehen, wie aus ähnlichen Wendungen anderer Rescripte zu ersehen ist[30]) und durch die Basilikenscholie[31]):

Τουτέστιν, εἰ ἐξεχωρήθη, εἰ καὶ ἐτελεύτησεν ἐκεῖνος ἀκληρονόμητος, κινεῖ τὴν οὐτιλίαν.

vollends außer Zweifel gesetzt wird, trägt dazu bei, die Geschichte der räthselhaften Worte: pro quo solvisti zu enthüllen. Diese Worte fehlen nämlich in den Basiliken und sind daher ohne Zweifel eine Interpolation Tribonian's mit dem Zwecke, den ohne den Zusatz von einer datio nominis in solutum zu verstehenden Sachverhalt, mit dem die Kaiser Diocletian und Maximian durch ein späteres Rescript[32]) auch ohne wirklichen Klagauftrag utiles actiones verbunden haben, gegen einen Fall zu vertauschen, in welchem noch nach Justinianeischem Rechte zum Erwerbe der utilis actio ein wirklicher Klagauftrag erforderlich ist. Ein solcher Fall tritt ein, wenn Valeria als Intercedentin für den Hauptschuldner gezahlt hat[33]), und von diesem Falle ist denn auch das Rescript in seiner jetzigen Fassung zu deuten, da ein freier Forderungskauf, an den man vielleicht wegen des ungenauen

---

27) l. 57 pr. D. de evict. (21. 2), l. 7 §. 1 C. ad SCt. Trebell. (6. 49). — — 28) Observatt. II, 31 (opp. III, p. 47). — — 29) Schol. 1 pr. zu Basil. XXIV, 3 c. 5. Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 6 (Heimb. III, p. 21). — — 30) l. 11, l. 14 C. de fidejuss. (8. 41). — — 31) Schol. 4 zu Basil. XXIV, 3 c. 5 (Heimb. III, p. 21): Id est, si mandatae sint actiones, licet ille sine herede decesserit, utilem actionem movet. — — 32) l. 5 C. quando fisc. vel priv. (4. 15). S. Th. I, S. 205 zu not. 76. — — 33) S. Th. I, S. 191 f.

Ausdrucks einiger griechischen Interpreten denken könnte[34]), wiederum ohne wirkliche Cession schon utiles actiones mit sich bringen würde[35]). Indeß nicht um die auf fingirter Cession beruhende utilis actio mehr als die auf wirklicher Cession beruhende durch den Tod des Cedenten für gefährdet zu erklären, sondern nur um den Inhalt des Rescripts mit den neueren Bestimmungen über die Voraussetzungen fingirter Cession in Uebereinstimmung zu bringen, hat Tribonian die Veränderung vorgenommen; denn es finden sich nicht nur in den Rechtsbüchern besondere Zeugnisse, welche die von uns entwickelten Grundsätze ohne Bedenken auf die kraft fingirter Cession verliehenen utiles actiones anwenden[36]), sondern es ist auch noch Niemand eingefallen, z. B. die dem Pfleglinge aus Rechtsgeschäften des Pflegers ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, gegebenen utiles actiones oder andere derartige Klagen durch den vor der litiscontestatio erfolgten Tod des Pflegers oder sonstigen Quasicedenten für aufgehoben zu erachten.

Endlich ist zu bemerken, daß ebensowenig, als der natürliche Tod, auch der bürgerliche Tod, den der Cedent z. B. als Bankerotteur nach früherem Recht zu erleiden hatte, die Fortdauer der durch wirkliche oder fingirte Cession für den Cessionar vorher begründeten utilis actio irgendwie hindert. Diejenigen utiles actiones, welche zu größerer Sicherung dem Präponenten und der Ehefrau für den Fall des über den Institor, beziehungsweise Ehemann ausbrechenden Concurses gegen die Geschäfts-, beziehungsweise Dotal-Schuldner gegeben sind[37]), würden sonst ihren Zweck verfehlt haben.

Auch

2. der Widerruf des Cedenten

vermag so wenig die dem Cessionar durch das wirkliche mandatum agendi unentschieden, als die demselben durch das fingirte mandatum agendi entschieden erworbene utilis actio aufzuheben. Das geht vornehmlich aus folgenden zwei, in anderer Richtung schon früher erörterten Stellen hervor:

---

34) Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 5. Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 6 (Heimb. III, p. 21. 22). — — 35) S. Th. I, S. 199 ff. — — 36) l. 45 D. sol. matrim. (24. 3). S. Th. I, S. 456 ff. l. 8 C. ad exhib. (3. 42). S. Th. I, S. 439 ff. Schol. 4 zu Basil. XXIV, 3 c. 5. Schol. 1 zu Basil. XXIV, 3 c. 6 (Heimb. III, p. 21). — — 37) l. 5 D. de stipul. praetor. (46. 5), l. 1, l. 2 D. de institor. act. (14. 3), l. 7 pr. D. de fundo dot. (23. 5). S. Th. I, S. 404 ff. S. 498 ff. Seuffert, Arch. XIII, Nr. 76.

Ulpianus lib. 65 ad Edictum[38]).

Procuratore in rem suam dato praeferendus non est dominus procuratoris in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: Qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.

Papinianus lib. 3 Responsorum[39]).

Quod procurator ex re domini mandato non refragante stipulatur, invito procuratore dominus petere potest.

Der Versuch des Cedenten, selbst Klage zu erheben oder selbst das Geld einzuziehen, enthält jedenfalls einen stillschweigenden Widerruf des dem Cessionar ertheilten Klagauftrags[40]). Soll nun nach der ersten Stelle Ulpian's gleichwohl der bei der Klagerhebung oder Geldeinziehung mit dem Cessionar um den Vorrang streitende Cedent zurückstehen, weil der Cessionar im eignen Namen utiles actiones hat[41]) und diese des Widerspruchs des Cedenten ungeachtet nach den Grundsätzen des Rechts (rite) durchzusetzen vermag, so rechtfertigt das den Schluß einer Basilikenscholie[41a]), daß auch die dem Cessionar durch wirkliches mandatum agendi neben dem directe agere alieno nomine zur Auswahl verstellte utilis actio ein Gut ist, welches dem Cessionar vom Cedenten nicht wieder entzogen werden kann, sondern selbst gegen den stillschweigend oder ausdrücklich erklärten Willen des Cedenten seine Wirksamkeit äußert.

Eben darauf beruhet die Vorschrift, daß der Cedent seinerseits nicht mehr klagen kann, wenn der procurator in rem suam in Bethätigung seines Rechts zur utilis actio einen Theil der cedirten Forderung eingehoben oder dem Schuldner seinen Willen, als selbstberechtigter Gläubiger zu gelten, sonst eröffnet hat[42]); während der Umstand, daß der Cedent bis dahin, oder wie es in einem Rescripte der Kaiser Sever und Antonin heißt: re integra[43]), ohne Besorgniß vor einer Einrede des Schuldners seine directa actio allerdings

---

[38]) l. 55 D. de procur. (3. 3). S. Th. I, S. 17. Th. II, S. 62. Nicht ganz richtig erklärt Donell. comm. XV, 44 §. 16 (ed. Bucher IX, p. 462 sq.). — — [39]) l. 68 D. de procur. (3. 3). S. Th. I, S. 410 ff. — — [40]) l. 16 pr. D. de procur. (3. 3). S. Th. II, S. 57 ff. — — [41]) Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 16 (Heimb. I, p. 585) . . . ἐπειδὴ οὐτιλίας ἔχει, προτιμότερος ἐστι . . . quia utiles actiones habet, praeferendus est. — — [41a]) Schol. 7 zu Basil. XXIX, 5 c. 40 (Heimb. III, p. 484). — — [42]) l. 3 C. de novat. (8. 42). S. Th. II, S. 211 ff. — — [43]) l. 3 C. mand. (4. 35). S. Th. II, S. 218 ff.

geltend zu machen im Stande ist, nicht widerspricht, wie oben gezeigt worden ist[44]).

In der zweiten Stelle bezeugt Papinian, daß derjenige Principal, welcher aus einer Geschäftsführung des Procurators auf Grund einer fingirten Cession utiles actiones erhalten hat, diese auch wider den Willen des direct berechtigten Procurators anzustellen vermag; ein Zeugniß, welches unter anderem seine Bestätigung darin findet, daß bei der aus der res judicata oder stipulatio judicatum solvi, dem Eide oder constitutum des Procurators auf den Principal durch fingirte Cession übergegangenen utilis actio die vom Procurator wider Willen des Principals geschehene Anstellung der directa actio die utilis actio des Principals ebensowenig gefährdet[45]), als die dem Procurator wider Willen des Principals geleistete Zahlung[46]), und daß der nach dem Erbschaftsverkaufe vom Schuldner mit dem direct berechtigten Verkäufer über eine Erbschaftsforderung geschlossene Vergleich nur insofern, als der Schuldner mit dem Verkaufe unbekannt war, dem als fingirten Cessionar utiliter berechtigten Käufer schadet[47]), daß endlich nach dürren Worten der Basilikenscholie der Vorrang bei der Klaganstellung und Gelderhebung dort dem Principal und hier dem Verkäufer gebührt, weil sie gleich dem wirklichen procurator in rem suam im eignen Namen utiles actiones haben[48]).

Nimmt man hinzu, daß die auf wirklicher oder fingirter Cession beruhenden utiles actiones sogar gegen den Cedenten selbst angestellt werden können, wenn derselbe nach der Cession z. B. durch Beerbung in die Verbindlichkeit des Cessus eingetreten ist[49]), so wird vollends kein Zweifel mehr sein, daß der Widerspruch des Cedenten oder Quasicedenten der einmal entschieden oder selbst nur unentschieden erworbenen utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars keinen Eintrag thut.

Daß

3. mit dem Tode des Cessionars

die durch wirklichen Klagauftrag dem Cessionar zur Wahl verstellte utilis actio auch vor deren Wahl nicht aufhört, sondern gleich anderen

---

44) S. Th. II, S. 215 ff. — — 45) l. 28 pr. D. de procur. (3. 3), l. 39 §. 1 D. eod. S. Th. I, S. 407 f. S. 435 f. Th. II, S. 178 ff. — — 46) l. 86 D. de solut. (46. 3), l. 13 pr. D. de pact. (2. 14), l. 73 D. de procur. (3. 3). S. Th. II, S. 179 ff. — — 47) l. 17 D. de transact. (2. 15). S. Th. II, S. 244 ff. — — 48) Interpr. zu Basil. VIII, 2 c. 27 §. 1. Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 16 (Heimb. I, p. 364 sq. 585). — — 49) S. Th. II, §. 35.

Rechten auf die Erben des Cessionars übergeht[50]), lehrt die mehrerwähnte Constitution[51]), worin Justinian dem donationis causa bestellten procurator in rem suam, welcher vordem auf die Fähigkeit, direct in fremdem Namen zu klagen, beschränkt war, auch die Vortheile der utilis actio suo nomine verleihet; denn wenn Justinian bemerkt, bis dahin habe zwischen den donationis titulo und den venditionis titulo cedirten Klagen der Unterschied bestanden, daß diese, nicht aber jene bei dem vor der litiscontestatio erfolgten Tode des Cessionars auf die Erben desselben übertragen seien: so kann dieser Unterschied in nichts anderem seinen Grund haben, als darin, daß dem Beschenkten nur die directa actio im fremden Namen, dagegen dem Käufer auch utiles actiones im eignen Namen zu Gebote standen. Und wenn Justinian zur Abschaffung dieses Herkommens weiter vorschreibt: in Zukunft sollten schon vor der litiscontestatio die schenkweise cedirten Klagen in ähnlicher Art (simili modo) oder nach der Basilikenscholie[52]) in derselben Art (τὸν αὐτὸν τρόπον), wie längst die kaufweise cedirten Klagen, den Erben des Cessionars zu Theil werden, so kann dieses abermals nichts anderes heißen, als daß fortan dem schenkweise bestellten procurator in rem suam gleich dem kaufweise bestellten außer der directa actio alieno nomine die utilis actio suo nomine verstattet sein solle, um diese Klage, wie der kaufweise bestellte procurator in rem suam auf seine Nachfolger zu vererben.

Die Vererblichkeit der auf einem fingirten Klagauftrage beruhenden utiles actiones versteht sich hiernach zwar von selbst, ist auch meines Wissens sowohl hinsichtlich der utiles actiones des Pfleglings aus den Geschäften des Pflegers, als hinsichtlich anderer utiles actiones der Art niemals bezweifelt worden, ist aber überdies auch zum Ueberfluß hie und da in den Rechtsbüchern ausdrücklich anerkannt[53]).

Wir dürfen hiernach als vollständig erwiesen ansehen, daß die

---

[50]) arg. 4 J. de V. O. (3. 15), §. 25 J. de inutil. stip. (3. 19), l. 8 pr. D. de peric. et comm. (18. 6). — — [51]) l. 33 C. de donat. (8. 54). S. Th. I, S. 20. S. 217 f. Th. II, S. 63 ff. v. Meyerfeldt, Schenkung. Th. I, S. 258. — — [52]) Schol. 1 zu Basil. XLVII, 1 c. 65 (Heimb. IV, p. 588), cf. Schol. 1 zu Basil. eod. c. 37 (Heimb. IV, p. 580) . . . ὅτι ὁ δωρηθεῖσα ἀγωγὴ καὶ ἐπὶ κληρονόμους παραπέμπεται, ὡς ἂν εἰ ἐπράθη, κἂν μὴ προκατήρχθη, μήτε ἀπὸ βασιλέως ᾐτήθη . . . donatam actionem etiam ad heredes transmitti, perinde ac si vendita fuisset, licet lis contestata non sit, nec a Principe petita. — — [53]) l. 40 D. sol. matrim. (24. 3). S. Th. I, S. 410. 414 ff. l. 3 C. de donat. quae sub modo (8. 55). S. Th. I, S. 449 ff. Pauli sent. rec. I, 2 §. 4. Interpr. Visigoth. ad h. l.

durch Cession oder Quasicession unbedingt oder auch nur bedingt entstandene utilis actio weder durch Tod und Widerruf des Cedenten oder Quasicedenten, noch durch Tod des Cessionars oder Quasicessionars zerstört wird. Ist aber wirklich die utilis actio ein eignes, wohl erworbenes Recht des Cessionars oder Quasicessionars, welches auch in seiner Ausübung von der Zustimmung des Cedenten oder Quasicedenten nicht mehr abhängt, so führt das von selbst zu der Folgerung, daß

II. der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar oder Quasicessionar nicht eine satisdatio dominum rem ratam habiturum, sondern höchstens unter Umständen eine satisdatio defensum iri dem Schuldner zu stellen verpflichtet sein kann.

§. 26. In der That bestätigt sich die Unstatthaftigkeit der satisdatio de rato theils durch die Regel, wonach jeder im eignen Namen auftretende Kläger von dieser Satisdationsart frei ist[1]), theils durch das Edict, welches dieser Regel entsprechend ausdrücklich das agere alieno nomine als Voraussetzung für die Verpflichtung zur satisdatio de rato aufstellt[2]), theils endlich durch die Basiliken, welche den Inhalt des Edicts dahin wiedergeben[3]):

Ὁ κινῶν ὀνόματί τινος καὶ τὴν ἀσφάλειαν δίδωσι καὶ διεκδικεῖ, εἰ καὶ ἐν πράγματι ἰδίῳ ἐστὶ διοικήτης, εἰ μὴ ἄρα ἐξ ἀνάγκης γέγονεν.

Da nämlich die Schlußworte den procurator in rem suam ex necessitate factus sowohl von der Verbindlichkeit zur satisdatio de rato, als von der Verbindlichkeit zur defensio des Cedenten befreien, so braucht man sich nur zu erinnern, daß unter dem procurator ex necessitate factus der auf die utilis actio suo nomine beschränkte Quasicessionar zu verstehen ist[4]), um in der utilis actio suo nomine den Grund für die ausgesprochene Befreiung zu entdecken.

Freilich darf nicht verschwiegen werden, daß wir bei der Erklärung des Edicts der Leseart: et ei, quocum eo nomine aget cett. gefolgt

---

1) Gaj. IV, 96. 100. — pr. §. 1 J. de satisdat. (4. 11). Theophil. h. l. — — 2) l. 33 §. 3 D. de procur. (3. 3). S. Th. II, S. 67 ff. — — 3) Basil. VIII, 2 c. 33 §. 4. 5 (Heimb. I, p. 371): Qui alicujus nomine agit, et de rato satisdat et eundem defendit, licet procurator in rem sit, nisi forte ex necessitate fuerit factus. — — 4) S. Th. II, S. 165 ff.

sind, obwohl die Lesart der Florentina lautet: et ei, quo nomine aget[5]). Letztere Worte könnte man nämlich zu den Anfangsworten des Edicts: Cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit auf die Weise in einen Gegensatz stellen, daß man diese Anfangsworte ausschließlich auf die Pflicht zur defensio, jene späteren Worte aber in dem Sinne: „in welchem Namen man auch klagen möge, im Namen eines Anderen oder im eignen Namen" auf die Pflicht zur satisdatio de rato bezöge und solchergestalt diese Pflicht auf die utilis actio suo nomine ausdehnte; eine Ausdehnung, die sogar in folgendem Bruchstücke aus Ulpian's 9. Buche zum Edict eine scheinbare Unterstützung finden würde[6]):

Qui alieno nomine agit quamcunque actionem, id ratum habere eum, ad quem ea res pertinebit, cavere debet. Sed interdum licet suo nomine procurator experiatur, tamen de rato debebit cavere, ut Pomponius lib. 24 scribit: utputa jusjurandum procuratori retulit, juravit absenti dare oportere: agit hoc judicio suo nomine propter suum jusjurandum, neque enim haec actio domino competere potuit; sed debebit de rato cavere. Sed et si procuratori constitutum est et ex ea causa agat, dubitandum non est, quin locus sit de rato cautioni. idque Pomponius scribit.

Denn aus diesem Bruchstücke geht zweifellos hervor, daß dem procurator die Pflicht, de rato zu caviren, nicht bloß wenn er alieno nomine klagt, sondern unter Umständen auch, wenn er suo nomine streitet, obliegen soll[7]). Allein nichtsdestoweniger muß der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar und Quasicessionar von der Verbindlichkeit zur cautio de rato befreiet erachtet werden.

Die gleichfalls durch Handschriften und alte Drucke beglaubigte Lesart: et ei, quocum eo nomine aget ist der Lesart: et ei, quo nomine aget entschieden vorzuziehen, weil sonst der Wortlaut des Edicts mit den in den Rechtsbüchern enthaltenen Nachrichten über den Inhalt desselben nicht in Uebereinstimmung zu bringen[8]), auch das Wörtchen ei sinnlos sein würde. Die Anfangsworte: Cujus nomine quis actionem sibi dari postulabit bilden vielmehr, wie die Basiliken richtig anerkennen, die gleiche Voraussetzung für die Pflicht zur defensio, wie für die Pflicht zur satisdatio de rato; und das ist

---

5) S. Th. II, S. 67 ff. — — 6) l. 39 §. 1 D. de procur. (3. 3). S. Th. I, S. 408 f. S. 435 f. Th. II, S. 186. — — 7) cf. Schol. am Ende zu Basil. XI, 1 c. 24 (Heimb. I, p. 596). — — 8) l. 39 §. 1 D. de proc. (3. 3), Theophil. III, 18 §. 4. pr. J. de satisdat. (4. 11).

auch die Ursache, warum das abgedruckte Bruchstück Ulpian's die Pflicht zur satisdatio de rato nach dem Wortlaute des Edicts auf den alieno nomine streitenden Kläger begrenzt und nur durch analoge Ausdehnung auf denjenigen suo nomine klagenden procurator zu erstrecken wagt, welcher unter den Grund der Bestimmung fällt. Als Grund der Bestimmung haben wir nämlich die Gefahr kennen gelernt, das ein wirklich ertheiltes mandatum agendi später ohne Wissen des Gegners durch Tod oder Widerruf des Mandanten wieder hinfällig geworden sei [9]). Diese Gefahr ist es, welche auch bei dem aus einem eignen Eide oder eignen Schuldabkommen im eignen Namen klagenden Procurator vollkommen zutrifft; denn die Klage aus dem Eide oder dem Schuldabkommen ist sofort durch fingirte Cession als utilis actio auf den dominus übergegangen und als directa actio in der Person des Procurator durch exceptio unwirksam geworden, weshalb sie zum Vermögen des Procurator eigentlich nicht mehr gehört und selbst als directa actio im eignen Namen nicht mehr ohne die Erlaubniß des dominus vom Procurator angestellt werden kann [10]). Diese Erlaubniß ist aber in dem von Ulpian vorausgesetzten Falle frei widerruflich und von der Lebensdauer des dominus abhängig, weil die Geltendmachung der directa actio auf Rechnung des dominus geschehen soll und nur zur Vereinfachung die procuratoris nomine zu betreibende Verfolgung der utilis actio des dominus zu ersetzen bestimmt ist [11]). Die Gefahr, daß die Vollmacht des Procurators ohne Wissen des Gegners durch Tod oder Widerruf des dominus entkräftet werde und der Gegner nach der Klage des Procurators einer abermaligen Klage des dominus ausgesetzt sei, ist also in der That vorhanden und darum ausnahmsweise die Forderung einer satisdatio de rato auch gegen den direct suo nomine klagenden Procurator begründet. Da übrigens der Procurator, weil er zwar suo nomine, aber doch offen auf Rechnung des Principals (in rem alienam) klagt, zu Gunsten des Principals von der actio judicati auch hier ausgeschlossen sein muß, so beschränkt sich das Interesse des Beklagten an der cautio de rato darauf, für den Fall der Lossprechung ein Surrogat der exceptio rei judicatae zu erhalten.

Ganz anders verhält es sich mit dem suo nomine klagenden Cessionar oder Quasicessionar, dessen durch ein wirkliches oder fingirtes mandatum agendi einmal begründetes Klagerecht vom Tode und Widerrufe des Cedenten oder Quasicedenten völlig unabhängig ist. Hat

---

9) S. Th. II, S. 66 ff. — — 10) S. Th. II, S. 181 ff. — — 11) S. Th. I, S. 400 zu not. 26. Th. II, S. 182 ff.

der im eignen Namen klagende Cessionar oder Quasicessionar einmal in Gewißheit gesetzt, daß ein mandatum agendi wirklich ertheilt worden oder nach den gegebenen Voraussetzungen als ertheilt zu fingiren sei, so ist der Beklagte, falls er dieselben Thatsachen dem Cedenten oder Quasicedenten gegenüber nachzuweisen vermag, vor einer erfolgreichen Klage des Cedenten oder Quasicedenten unter allen Umständen durch doli exceptio gesichert, bedarf also hinsichtlich der utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars der satisdatio de rato nicht mehr, als hinsichtlich der vom Erben, bonorum possessor, Erbschaftsfideicommissar oder irgend einem anderen Universalsuccessor im eignen Namen angestellten hereditaria actio. Freilich kann hier wie dort Gefahr eintreten, daß der vom Nachfolger gegen den Beklagten geführte Beweis der Succession den Beklagten, selbst wenn er auf Grund eines richterlichen Urtheils Zahlung leistet, gegen später klagende Vorgänger oder anderweite Nachfolger nicht schützt[12]; allein dieser Gefahr begegnen die Römer durch andere Mittel, als durch die satisdatio de rato, welche stets voraussetzt, daß ein Vertreter offen ein zum Vermögen des Vertretenen gehöriges und daher der Verfügung des Vertretenen unterworfenes Recht auszuüben versucht. Wer fürchten muß, von mehreren Prätendenten, und zwar von einem Jeden aus dessen eignem Rechte auf dasselbe Object in Anspruch genommen zu werden, der kann dem Risico, doppelt zu leisten[13]), dadurch entgehen, daß er — wenn er überhaupt verpflichtet zu sein zugesteht — nach seiner Wahl dem Einen zahlt gegen das bürgschaftliche Versprechen, gegen den Andern vertheidigt zu werden[14]), oder — wenn er überhaupt verpflichtet zu sein leugnet — gegen beide die Vertheidigung übernimmt und, falls er Einem verurtheilt wird, diesem gegen dasselbe Versprechen Zahlung leistet[15]), bei Ermangelung des Ver-

---

12) l. 47 pr. D. de re jud. (42. 1), l. 3 D. de collus. deteg. (40. 16). Schmid, Handb. I, S. 187. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 102 ff. — — 13) l. 16 §. 3 D. ad SCt. Trebell. (36. 1) . . . ne dupliciter fideicommissarius oneretur. — — 14) l. 8 §. 3 D. de legat. II (31), l. 16 D. ut legat. (36. 3), l. 11 §. 21 D. de legat. III (32), l. 14 §. 4 D. judic. solvi (46. 7), l. 29 §. 6 in f. l. 45 §. 2 D. mand. (17. 1), l. 31 §. 1 D. de neg. gest. (3. 5), l. 20 §. 20, l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 19 D. de reiv. (6. 1), l. 29 D. de jure dot. (23. 3), l. 20 §. 2 D. fam. herc. (10. 2), l. 1 §. 9. 10 D. de dote praeleg. (33. 4), l. 7 pr. §. 2 D. eod., l. un. §. 10 C. de rei uxor. act. (5. 13), l. 28 D. pro soc. (17. 2), l. 17, l. 18 D. de pecul. leg. (33. 8), l. 16 §. 3 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 14 pr. D. de noxal act. (9. 4), l. 27 §. 14 D. ad leg. Aquil. (9. 2). Schol. 55 zu Basil. LX, 3 c. 27 §. 14 (Heimb. V, p. 293). — — 15) l. 57 D. de her. pet. (5. 3), l. 57, l. 58 D. de reiv. (6. 1). Schol. 4 zu Basil. LX, 5 c. 14 pr. (Heimb. V, p. 347). Heyse und Cropp, Abhandl. I, S. 243 ff. Unger, Inhaberpapiere S. 134 f.

sprechens aber die Leistung entweder gegen beide an sich behält[16]), oder zu seiner Befreiung gerichtlich hinterlegt[17]). Ebenso ist auch der Cessus befugt, der Gefahr, aus eines Jeden eignem Rechte zugleich vom Cedenten oder Quasicedenten direct und vom Cessionar oder Quasicessionar utiliter, oder wenn eine Reihe angeblicher Cessionare oder Quasicessionare vorhanden ist, von einem Jeden derselben utiliter auf dasselbe Object verklagt zu werden, durch die unter Zahlungsangebot zu erbittende satisdatio defensum iri vorzubeugen[18]). Der Cautionsbesteller ist dagegen berechtigt, dem Cautionsempfänger in dem Processe gegen den zweiten Prätendenten als Nebenintervenient beizustehen und den Sieg namentlich durch den Beweis, daß er und nicht der zweite Prätendent der rechte Gläubiger zu der streitigen Forderung sei, erringen zu helfen, so daß die Caution in der That nicht bloß die Sicherstellung des Beklagten, sondern auch die Entscheidung über das bessere Recht der Prätendenten und eventuell die Sicherstellung des zweiten Siegers vermittelt[19]).

Die zwar nur für den Fall der Zahlung, jedoch bis zur Zahlung mittelst doli exceptio[20]) oder selbst von Richteramtswegen[21]) zu erwirkende und dem Stipulator sogar die Folgen einer ungerechten Verurtheilung abnehmende[22]) satisdatio defensum iri ist es also, welche, soweit nöthig, bei der utilis actio des Cessionars die Stelle der satisdatio de rato vertritt und vollends außer Zweifel setzt, daß die zwar nicht allein für den Fall der Zahlung, sondern auch für den Fall der Absolution, jedoch bei Strafe des Ausschlusses vor der litiscontesta-

---

Planck, Mehrh. der Rechtstr. S. 167 ff. Francke, Comment. zum Pandectent. de her. pet. S. 404 ff. 424. — — [16]) l. 29 D. de jure dot. (23. 3), l. 7 pr. §. 4 D. de dote praeleg. (33. 4), l. 17, l. 18 D. de pecul. leg. (33. 8). Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 337. 338. — — [17]) l. 1 §. 36. 37 D. depos. (16. 3), l. 18 §. 1 D. de usur. (22. 1). Schol. 46 zu Basil. XIII, 2 c. 1 §. 36 (Heimb. II, p. 36). Maevii decis. VI, 118. Bähr a. a. O. S. 488 f. Arends, Sammlung intereff. Erkenntn. III, S. 192. Seuffert, Arch. X, Nr. 35. 240. A. D. H. G. B. Art. 648. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 337. 338. — — [18]) Seuffert, Arch. V, Nr. 128. VI, Nr. 241. VIII, Nr. 77. XIII, Nr. 92. — — [19]) l. 1 §. 36. 37 D. depos. (16. 3), l. 8 §. 3 D. de legat. II (31), l. 57 D. de her. pet. (5. 3), l. 57 D. de reiv. (6. 1). Planck, Mehrh. der Rechtstreit. S. 171 ff. Wetzel, Syst. des Civilpr. 2. Aufl. S. 794 ff. — — [20]) l. 29 D. de jure dot. (23. 3), l. 7 pr. §. 4 D. de dote prael. (33. 4), l. 17, l. 18 D. de pecul. leg. (33. 8). — — [21]) l. 57 D. de her. pet. (5. 3). — — [22]) l. 57 D. de her. pet. (5. 3), l. 57 D. de reiv. (6. 1). Schol. 1. 2 zu Basil. XLII, 1 c. 57 (Heimb. IV, p. 236 sq.), cf. l. 67 D. de fidej. (46. 1), l. 10 C. mand. (4. 35). Heyse und Cropp, Abhandl. I, S. 251 f. Ueber injuria judicis s. l. 46 §. 1 D. de procur. (3. 3), l. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6).

tio nachzusuchende[23]) und den Nachtheilen einer ungerechten Verurtheilung nicht begegnende[24]) satisdatio de rato nur von dem direct in des Cedenten Namen klagenden procurator in rem suam geleistet werden muß; denn wirklich gewährt die satisdatio defensum iri dem Schuldner alle den Schutz, dessen er bedarf, da sie ebensowohl gefordert werden kann dem utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar gegenüber, wenn ein zweiter Angriff von dem die Cession leugnenden Cedenten drohet, als dem Cedenten gegenüber, wenn von dem die Cession behauptenden Cessionar eine wiederholte Klage bevorsteht[25]). Ein Surrogat der exceptio rei judicatae wird vom Schuldner gar nicht vermißt, weil die vom Cessionar im eignen Namen zu betreibende utilis actio zur directa actio des Cedenten an sich nicht in dem Verhältniß steht, daß der Ausgang der einen Klage zugleich den Ausgang der anderen bestimme[26]).

Es ist also nur die Frage, wann eine hinlängliche Gefahr doppelter Zahlung vorliege, um die Auflage der satisdatio defensum iri zu rechtfertigen. Die Antwort kann nicht allgemein, sondern nur in jedem einzelnen Falle vom Richter unter dem leitenden Grundsatze, daß unnöthige Cautionen allenthalben zu vermeiden sind, nach summarischer Sachuntersuchung ex aequo et bono ertheilt werden[27]). Der Richter wird indeß meines Erachtens nicht anstehen, hinlänglichen Anlaß für die Auflage anzunehmen, so oft gerichtlich[28]) oder außergerichtlich[29]) von mehreren Seiten Ansprüche gegen den Schuldner erhoben werden, oder so oft selbst nur von einer Seite Zahlung gefordert wird, von einer anderen Seite aber gleiche Zahlungsforderung drohet, also namentlich so oft der Schuldner entweder dem fordernden Cedenten oder Quasicedenten gegenüber Gründe für die Annahme einer vorher stattgehabten Cession oder Quasicession darzulegen vermag[30]), oder dem fordernden Cessionar oder Quasicessionar gegenüber Gründe für die Ungültigkeit der behaupteten Cession oder Quasices-

---

[23]) l. 40 §. 3 D. de procur. (3. 3). S. Th. II, S. 66 not. 4. — — [24]) l. 22 §. 4 D. rat. rem hab. (46. 8), cf. l. 5, l. 51 pr. D. de evict. (21. 2), l. 8, l. 15 C. eod. (8. 45). Heyse und Cropp a. a. O. S. 252 f. — — [25]) l. 8 §. 3 D. de legat. II (31), l. 1 §. 37 D. depos. (16. 3), l. 1 §. 9 D. de dote prael. (33. 4). Seuffert, Arch. XIV, Nr. 23 a. E. A. M. ist ohne ausreichenden Grund Bähr a. a. O. S. 475 ff. — — [26]) S. Th. II, S. 178 ff. — — [27]) l. 3 §. 1 D. ut in poss. legat. (36. 4), l. 1 §. 9 D. de stipul. praetor. (46. 5), l. 14 §. 1 D. ut legat. serv. c. (36. 3). Briegleb, summar. Proc. §§. 58. 59, cf. l. 5 §. 2 D. ut legator. (36. 3), l. 13 §. 3 D. de damno inf. (39. 2), l. 1 D. ut in poss. (6. 54). Wetzel, Proc. 2. Aufl. §. 29. — — [28]) l. 84 §. 6 D. de legat. I (30). — — [29]) l. 21 fin. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — [30]) Seuffert, Arch. III, Nr. 45. XI, Nr. 226. XIV, Nr. 23.

sion vorzubringen im Stande ist[31]), oder überhaupt nur mit einem Beweise der Activlegitimation sich begnügen soll, welcher die Forderungsberechtigung des Cessionars oder Quasicessionars bloß im Verhältniß dieser Personen zum Schuldner, nicht auch im Verhältniß des Schuldners zum Cedenten oder Quasicedenten zu ausreichender Gewißheit erhebt[32]).

Versucht z. B. der Verkäufer einer Erbschaft, welcher vom Käufer betrogen zu sein vorgiebt, die Nachlaßforderungen gegen den Schuldner einzuziehen[33]), oder der Erbe, dessen Erblasser einer Stadt zu Kampfspieken gewisse Summen ausgesetzt hat, welche der Stadt von der rechtsprechenden Obrigkeit in geeigneten Nachlaßforderungen überwiesen sind, diese Nachlaßforderungen wegen des angeblich von der Stadt unerfüllt gelassenen modus seinerseits gegen die Schuldner zu verwirklichen[34]), oder der Proceßprocurator, welcher den Proceß gewonnen hat, unter der Behauptung, die auf denselben verwandten Auslagen vom Principal wegen Insolvenz desselben nicht wiedererlangen zu können, insoweit die directa judicati actio gegen den verurtheilten Proceßgegner anzustellen[35]): so werden die Schuldner sonder Zweifel nicht ohne vorgängigen Empfang einer satisdatio defensum iri dem Cedenten oder Quasicedenten Zahlung zu leisten haben, mag der Cessionar oder Quasicessionar gleichzeitig Ansprüche erheben oder nicht; denn immer drohet die Möglichkeit, daß der Cessionar oder Quasicessionar die vom Cedenten oder Quasicedenten behauptete Unwirksamkeit der Cession oder Quasicession mit Erfolg bestreitet und gegen den Schuldner ungeachtet der dem Cedenten oder Quasicedenten geleisteten Zahlung eine abermalige Verurtheilung erwirkt, eine Gefahr, die der Cedent oder Quasicedent dem Schuldner durch jene Caution abzunehmen füglich darf verpflichtet erachtet werden.

Tritt umgekehrt der Cessionar oder Quasicessionar zuerst als Forderungsberechtigter auf, so ist zwar auf der einen Seite richtig, daß er

---

31) Z. B. wegen mangelnder Dispositionsfähigkeit des Cedenten oder Quasicedenten, — Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 337. Seuffert, Arch. II, Nr. 164. Dagegen XII, Nr. 337. Arch. für prakt. Rechtsw. Bd. 6, S. 501 f. — wegen etwa vom Cedenten gegen die Rechtsbeständigkeit der Cession des Hypothekenscheins zum Hypothekenbuche angemeldeter Einwendungen — s. Festgabe zur Feier der XXII. Versammlung deutscher Land- und Forstwirthe S. 190 — wegen Nichtigkeit der Schenkung unter Ehegatten. l. 5 C. de don. i. V. et U. (5. 16). — — 32) Arndt's Pand. §. 256. — — 33) S. Th. II, S. 191 ff. — — 34) S. Th. II, S. 191 ff. — — 35) S. Th. I, S. 434 f. Th. II, S. 190.

den Beweis seiner Activlegitimation als eines Theils des Klaggrundes, wenngleich nicht schon durch den bloßen Besitz des etwa über die cedirte Forderung ausgestellten Schuldscheins[36]), so doch durch die gewöhnlichen Beweismittel führen kann[37]), daß dazu namentlich Zeugen, Schiedseid und Privaturkunden nicht weniger ausreichen, als öffentliche Documente, da insbesondere, was die Privaturkunden anlangt, in denen der Cedent, beziehungsweise Quasicedent, die Cession, beziehungsweise Quasicession vollzogen (sog. dispositive Urkunden) oder auch nur als vollzogen anerkannt hat[38]), der Schuldner aller Zweifel ungeachtet[39]) genöthigt ist, über die Recognition sich zu äußern[40]) und sogar nach heutigem Rechte den Diffessionseid — wenn auch nur über sein Nichtwissen und Nichtglauben, daß die Urkunde von dem angeblichen Aussteller herrühre — zu schwören[41]), es sei denn, daß der Cessionar oder Quasicessionar vorziehe, den Echtheitsbeweis durch Abhörung und Bekenntniß des Cedenten[42]) oder durch Zeugen, Schiedseid, sowie durch Schriftvergleichung mit des Cessionars oder Quasicessionars Erfüllungseide[43]) zu erbringen.

Auf der anderen Seite ist es aber eben so richtig, daß der vom Cessionar oder Quasicessionar geführte Beweis der Cession oder Quasicession den Cedenten oder Quasicedenten, welcher dem Processe fremd

---

36) Schol. 2 zu Basil. XLII, 1 c. 30 (Heimb. IV, p. 222 sq.). Mühlenbruch, Cess. S. 457 f. Schmid, Handb. I, S. 184. — — 37) Brunnemann, de cess. act. c. 5 nr. 68 sq. Glück, Comm. Bd. 16, S. 442 f. Gensler im Arch. f. civ. Pr. Bd. 2, S. 1—26. Mühlenbr., Cess. S. 603 f. not. 149. Gesterding, Ausbeute Th. 1, S. 125—142. Bethm.-Hollw., Vers. Abh. II. Schmid, Handb. I, S. 182 ff. Bähr a. a. O. S. 417. Seuffert, Arch. V, Nr. 76. XIV, Nr. 170. XVII, Nr. 178. — Ueber das Preuß. Recht s. Koch a. a. O. S. 137 f. v. Kreittmayr, zum Baiersch. Landr. Th. 2, S. 529. — — 38) Bähr, Anerkennung S. 206 f. Entw. e. d. C. P. O. §. 364. — — 39) Wachenhusen im Arch. f. civ. Pr. Bd. 13, S. 229 ff. Mühlenbr., Cess. S. 603 not. 149. Ortloff, Abhandl. I, S. 37 ff. Langenbeck, Beweisführ. III, S. 657 f. — — 40) Struben, rechtl. Bed. III, S. 346. Glück, Comm. Bd. 22, S. 30. Gensler im Arch. f. civ. Pr. Bd. 2, S. 3. Wachenhusen, das. Bd. 13, S. 130. 206. 214. 224. 227 f. Schmid, Handb. I, S. 184 f. Wetzel, Syst. 2. Aufl. S. 217 f. Preuß. A. G. O. I, 10 §. 138. 139. Seuffert, Arch. XII, Nr. 96. Schletter, Jahrb. VI, S. 152 Nr. 17. — — 41) J. R. A. §. 39. Mev. dec. VII, 95. Gensler a. a. O. S. 1—10. Bayer, Vorträge §. 257 f. Heimbach im Rechtslex. XI, S. 683. 688 ff. 699. Renaud im Arch. f. civ. Pr. Bd. 43, S. 197 ff. Preuß. A. G. O. I, 10 §. 138. 139. Koch a. a. O. S. 200 f. Zimmermann, Glaubenseid §§. 49. 54. Seuffert, Arch. VIII, Nr. 325. Mathiae, Controversenlex. Th. III, S. 220 f. — — 42) Ortloff, Abhandl. I, S. 81. Bähr, Jahrb. f. Dogm. I, S. 462 f. Holzschuher, Casuist. III, S. 261. Seuffert, Arch. I, Nr. 336. XI, Nr. 137. XII, Nr. 96. — — 43) l. 16, l. 20 C. de fide instr. (4. 21), l. 24 C. ad leg. Cornel. de fals. (9. 22), Nov. 18 c. 8. auth. Contra post l. 4 C. de n. n. p. (4. 30), Nov. 73.

geblieben ist[44]), nur im Fall des eignen Bekenntnisses bindet, folglich in allen anderen Fällen den Schuldner selbst nach der dem Cessionar oder Quasicessionar geleisteten Zahlung nicht von der Nothwendigkeit befreiet, spätere Ansprüche des Cedenten oder Quasicedenten entweder durch den nun ihm obliegenden Beweis stattgehabter Cession oder Quasicession zurückzuweisen oder durch abermalige Zahlung zu befriedigen. Der Beweis stattgehabter Cession oder Quasicession kann indeß dem Schuldner gegen den Cedenten oder Quasicedenten mißlingen, obgleich er dem Cessionar oder Quasicessionar gegen den Schuldner vollkommen gelungen ist[45]), drängt also durch seine Nothwendigkeit dem Schuldner einen unbilligen Zustand auf, welcher dem Schuldner ohne die Cession oder Quasicession erspart geblieben wäre. Der Schuldner braucht das nicht zu leiden[46]), ist vielmehr ungeachtet des vom Cessionar oder Quasicessionar geführten Beweises der Activlegitimation befugt, gegen die ihm durch die Möglichkeit erfolgreicher Ansprüche des Cedenten oder Quasicedenten drohende Gefahr abermaliger Zahlung durch exceptio doli vom Cessionar oder Quasicessionar Sicherheit zu verlangen. Diese Sicherheit wird ihm gewährt entweder durch satisdatio defensum iri, oder dadurch, daß ihm die Mittel eines gegen den Cedenten oder Quasicedenten unfehlbar wirksamen Beweises der stattgehabten Cession oder Quasicession zu Gebote gestellt werden. Dergleichen unfehlbare Beweismittel sind aber nur entweder ein nach verhandeltem Rechtstreite über die Klagberechtigung zwischen dem Cedenten oder Quasicedenten einerseits und dem Cessionar oder Quasicessionar andererseits gerichtlich gefälltes Erkenntniß, über welches später ein Mehreres gesagt werden wird[47]), oder eine öffentliche Urkunde, welche für und wider Jedermann vollen Beweis liefert[48]) und auch dem Cedenten oder Quasicedenten nur überwiegenden Gegenbeweis nachläßt[49]), mag in ihr die Cession bezüglich Quasicession selbst, oder nur deren durch den Cedenten bezüglich Quasicedenten geschehenes Anerkenntniß amtlich bezeugt sein[50]).

---

44) cf. l. 63 D. de re jud. (42. 1). — — 45) Bähr a. a. O. S. 358 ff. 449 f. — — 46) l. 74 D. de reg. jur. (50. 17): Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. — — 47) S. Th. II, §. 35. — — 48) l. 6 C. de re jud. (7. 52), l. 31 C. de donat. (8. 54), cf. c. 7 X. de probat. (2. 19), c. 2, c. 10 X. de fide instr. (2. 22), c. 11 X. de praesumt. (2. 23). Entw. e. a. d. C. P. O. §. 363. — — 49) Gesterding, Ausbeute I, S. 241 ff. Gensler im Arch. f. civ. Pr. Bd. 2, S. 320 ff. Ortloff, Abhandl. I, S. 25 f. 29. Strippelmann, Beweis durch Urkunden II, S. 68. 104. Gerichtseid III, S. 261. Guyet im Arch. f. civ. Pr. Bd. 40, S. 163 not. 67. Renaud in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 18, S. 352 ff. Langenbeck, Beweisführung III, S. 641 ff. Endemann, Beweislehre II, S. 337 ff. 345 ff. Wetzel, Syst. 2. Aufl. S. 202 ff.. Braunschw. Civilproceßordn. v. 1850 §. 75. — — 50) Bähr,

Oeffentliche, dem Schuldner auf Verlangen im Originale oder in beglaubter Abschrift auf Kosten des Cessionars oder Quasicessionars einzuhändigende Urkunden [51]) bilden also regelmäßig die einzige Voraussetzung, unter welcher dem Cessionar oder Quasicessionar die satisdatio defensum iri kann erlassen bleiben [52]). Aeltere Praktiker scheinen dieses im Sinne gehabt zu haben, wenn sie sagen, der Beweis der Activlegitimation müsse ein vollständiger sein oder durch Cautionen ergänzt werden [53]). Wenigstens ist es gewiß nicht mehr als billig, daß der Cessionar oder Quasicessionar, wie er einerseits rechtlich unbehindert ist, den Beweis seiner Activlegitimation durch Zeugen, Eid und Privaturkunden zu führen, so andererseits dem Zwange unterliegt, solchen Falls den Schuldner in Ermangelung anderer Sicherheit durch satisdatio defensum iri gegen erneuerte Angriffe des Cedenten oder Quasicedenten zu decken. Wie aber die satisdatio das Verhältniß des Schuldners zum Cedenten oder Quasicedenten betrifft, der Beweis hingegen das Verhältniß des Cessionars oder Quasicessionars zum Schuldner, so vermag die Satisdation ebensowenig den Beweis, als der Beweis an und für sich, d. h. sofern er nicht zugleich den Schuldner gegen den Cedenten und Quasicedenten zu sichern geeignet ist, die Satisdation zu ersetzen [54]), sondern beides muß vereinigt sein, damit die Legitimationspflicht, welche dem Cessionar oder Quasicessionar gegen den Schuldner obliegt, vollständig als erfüllt gelte. Daraus folgt, daß der Cessus auch dann, wenn die Cession in einem zwischen ihm und dem Cessionar ohne Zutritt des Cedenten verhandelten Rechtstreite als erwiesen erkannt oder der Cessus selbst die Cession zugestanden hat [55]), doch noch satisdatio defensum iri fordern darf, sobald er die Gefahr einer gegen ihn vom Cedenten neu anzustellenden Klage wahrscheinlich zu machen im Stande ist. Bähr [56]) hat also vollkommen Recht, wenn er dem Cessus gestattet, auch der Klage des Cessionars aus einem Urtheile oder einem vom Cessus dem Cessionar ertheilten

---

Anerkennung S. 206 f. — — [51]) Bähr in Jahrb. f. Dogmat. I, S. 464. — — [52]) Entw. eines bürgerl. G. B. für Baiern Th. II, Art. 150. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 336. — — [53]) Slevoigt, de except. legitimat. ad caus. §. 25. Ludovici, de legitimat. ad caus. §. 49. Hofacker, princip. jur. civ. §. 4264. Hofmann, teutsche Reichspraxis §. 355 not. ii. Fabri, Cod. defin. IV, 29 def. 13. Brunnemann, de cess. act. c. 5 n. 72. Mev. decis. VII, 99. — Seuffert, Arch. XII, Nr. 305. Auch Preuß. Landr. Th. I, Tit. 11 §. 395. — — [54]) arg. l. 2 D. ut legator. (36. 3). Bähr a. a. O. S. 464 f. Scheinbar a. M. Seuffert, Arch. XIV, Nr. 149, S. 249 not. 1. — — [55]) Mühlenbr., Ceff. S. 511. Bähr, Anerkennung S. 178 ff. Seuffert, Arch. IV, Nr. 106. XI, Nr. 137. Herold im Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 6, S. 452 ff. — — [56]) Jahrb. f. Dogmat. I, S. 463 ff. 468 f.

Zahlungsversprechen die exceptio doli so lange entgegenzusetzen, bis der Cessionar dem Schuldner die Gefahr abnimmt, dem Cedenten abermals verurtheilt zu werden.

Dieses Resultat und kein anderes genügt ohne nennenswerthe Benachtheiligung des Verkehrs den Anforderungen der Gerechtigkeit; denn der praktisch sehr erhebliche und daher nicht bloß im römischen, sondern durch die Gewähr der Klage selbst im älteren deutschen Rechte [57]) anerkannte und zweckmäßig durchgeführte Grundsatz, daß der Schuldner ohne eigene Verschuldung die processualische Gefahr, welche aus der Zweifelhaftigkeit der Person seines Gläubigers entspringt, zu tragen nicht verbunden sei, muß durchaus auch in unserem jetzigen Rechte Geltung und Anwendung erlangen, wenn nicht fortwährend zu Gunstigen des Gläubigers die billigsten Rücksichten gegen den Schuldner auf das Gröblichste verletzt werden sollen [58]).

In derselben Maße aber, in welcher der Cessionar oder Quasicessionar dem Schuldner die geschehene Cession oder Quasicession zu guarantiren gehalten ist, erscheint es auch billig, daß

III. der Cessionar oder Quasicessionar seinerseits berechtigt sei, Rückguarantie vom Cedenten oder Quasicedenten zu verlangen.

§. 27. Bestätigend bezeugen die Rechtsquellen, daß der Cessionar oder Quasicessionar, welcher utiliter im eignen Namen klagen will, wie für die Vertretung des Schuldners gegen den Cedenten oder Quasicedenten satisdatio zu stellen, so für seine eigne Vertretung gegen Anforderungen des Schuldners aus der demselben geleisteten satisdatio oder gegen sonstige Rückgriffe vom Cedenten oder Quasicedenten satisdatio zu empfangen habe; denn wenn auch gewiß ist, daß derjenige Cessionar oder Quasicessionar, dem es auf die Gewähr der Legitimation zum utiliter agere proprio nomine ankommt, die satisdatio dominum ratam rem habiturum, welche nach dem ausdrücklichen Zeugniß des Gajus und Theophilus die Legitimation zum procuratorio nomine

---

57) Sächs. Landr. II, 15. Vergl. III, 14. I, 47. I, 63 §. 2. II, 16. Weichb. Art. 40. 114. Glosse zum Sächs. Landr. III, 14. — S. Bethm.-Hollw., Vers. S. 119 f. — — 58) Der Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 336 sucht diesem Bedürfniß dadurch abzuhelfen, daß er den Cessus berechtigt, von dem Cessionar die Nachweisung des Uebergangs der Forderung auf Letzteren durch eine von dem Cedenten hierüber ausgestellte Urkunde zu verlangen. Sollte das aber genügen, da die Urkunde nicht öffentlich zu sein braucht? Und wie, wenn keine Urkunde anzuschaffen ist? Sollen mündliche, etwa nur durch Zeugen zu erweisende Cessionen wirkungslos sein?

agere zu sichern bezweckt[1]), vom Cedenten oder Quasicedenten nicht fordern kann, weil unnöthige Cautionen allenthalben zu vermeiden sind[2]): so ist doch ebenso gewiß, daß Ulpian dem Erbschaftskäufer unbedingt, also auch, wenn derselbe auf Grund wirklicher oder fingirter Cession utiliter im eignen Namen zu klagen gedenkt, das Recht einräumt, den Erbschaftsverkäufer durch die actio emti zur bürgschaftlichen Sicherstellung vor jedem aus seiner und seiner Erben Handlungen zu besorgenden Schaden anzuhalten[3]), z. B. vor dem Schaden, den der Erbschaftskäufer erleiden würde, falls der Erbschaftsverkäufer oder dessen Erbe einen Erbschaftsschuldner durch acceptilatio entlasten sollte[4]). Ueberdies giebt eine Scholie zu Theophilus' Institutionen den Zweck der vom Erbschaftsverkäufer dem Erbschaftskäufer zu leistenden Caution, wenngleich nicht ohne Mißverständniß der Textworte procuratorio nomine agere[5]), so doch ausdrücklich dahin an, daß der Erbschaftskäufer die erbschaftlichen Klagen sicher in seinem eignen Namen anstellen könne[6]).

Kommt nun hinzu, daß, so oft Cessionen oder Quasicessionen in Frage stehen, dem Prälegatar[7]), dem Legatar[8]), der nach Trennung der Ehe ihre dos zurückfordernden Frau[9]), dem nach Auflösung der Gesellschaft auf Theilung dringenden Gesellschafter[10]), den Gläubigern, zu deren Verkürzung der Gemeinschuldner eine Frau dotirt hat[11]), die Forderung von Cautionen gestattet ist ohne Andeutung, daß darunter lediglich cautiones de rato für den Fall des directe agere alieno nomine gemeint seien; endlich daß Paulus der dem Quasicessionar vom Quasicedenten zu leistenden Caution ausdrücklich die Bestimmung giebt, den Quasicessionar gegen den Schuldner sicher zu stellen[12]): so dürfte hiernach theils die Pflicht des Cedenten oder

---

1) Gaj. II, 252. Theophil. II, 23 §. 3. S. Th. II, S. 76 ff. — — 2) S. Th. I, S. 68 not. 26. — — 3) l. 2 pr. D. de her. vel act. (18. 4) . . . Plane, de facto suo venditor satisdare cogendus est. — Ueber die Folgen verweigerter satisdatio vergl. l. 11 §. 9 D. de act. E. V. (19. 1). — — 4) l. 2 §. 5 D. de her. vel act. (18. 4). — — 5) Gaj. IV, 82. — — 6) Schol. *τουτέστι εἰς ὄνομα ἑαυτοῦ κινεῖν ταύτας τὰς ἀγωγάς.* — — 7) l. 78 pr. D. de her. inst. (28. 5). S. Th. II, S. 78 not. 15. — — 8) l. 16 pr. D. fam. herc. (10. 2). Schol. 1 zu Basil. XLII, 3 c. 15 (Heimb. IV, p. 256). — — 9) l. 57 D. sol. matr. (24. 3). S. Th. I, S. 201. Th. II, S. 78 not. 17. — — 10) l. 16 D. com. div. (10. 3). Schol. 3 zu Basil. XI, 1 c. 85. — Basil. XII, 2 c. 16 (Heimb. I, p. 661. 810). — — 11) l. 14 in f. l. 25 §. 1. 2 D. quae in fraud. cred. (42. 8). Huschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 14, S. 60 f. — — 12) l. 29 D. fam. herc. (10. 2) . . . nec caveri debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederit. cf. Basil. XLII, 3 c. 29 u. Schol. 1 (Heimb. IV, p. 269 sq.); *ἀσφάλισαί μοι, ὅτι οὐκ ἐνάγει μοι περὶ τοῦ ἐνεχύρου ὁ χρεώστης* . . . ut

Quasicedenten, dem Cessionar oder Quasicessionar die Berechtigung zum utiliter agere proprio nomine zu guarantiren, theils die Natur dieser Guarantie als einer satisdatio defensum iri hinsichtlich aller Ansprüche, welche der Schuldner wegen der etwa vom Cedenten oder Quasicedenten mit Außerachtlassung oder Bestreitung der Klagberechtigung des Cessionars oder Quasicessionars gegen ihn erneuerten Anforderungen wider den Cessionar oder Quasicessionar erheben sollte, theils endlich die Befugniß des Cessionars oder Quasicessionars, zur Erzwingung dieser Satisdation dieselben Rechtsmittel, wie zur Erzwingung der Cession oder Quasicession zu verwenden, außer Zweifel gesetzt sein.

Freilich erwähnt Paulus in der letztgedachten Stelle nur, daß der Quasicedent dem Quasicessionar eine Caution der angegebenen Art ausnahmsweise nicht zu leisten habe, wenn die Quasicession auf ein Urtheil des judex sich stütze, namentlich die fingirte Cession der Pfandforderung als Folge der wegen culposen Besitzverlustes in den Streitwerth geschehenen Verurtheilung des mit der hypothecaria actio belangten Pfandbesitzers, oder als Folge der dem Einen von zwei solidarisch mit gleicher Priorität berechtigten Pfandgläubigern im Theilungsprocesse geschehenen Adjudication des ganzen Pfandrechts auftrete: allein gerade diese Ausnahme ist auf's Beste geeignet, unsere Regel zu erläutern und zu befestigen. Da nämlich alle Urtheile des Richters den über die Verhandlungen aufzunehmenden Protocollen eingefügt wurden[13]), die im Archive des Gerichts aufzubewahrenden Protocolle aber fortwährend jedem rechtlich Interessirten zur Einsicht offen lagen und als öffentliche Urkunden die mit dem Urtheile verbundene Quasicession nach allen Richtungen zur Gewißheit erhoben[14]): so war der Quasicessionar im Stande, dem Schuldner und Pfandeigenthümer nicht bloß die geschehene Quasicession unfehlbar nachzuweisen, sondern demselben auch in den Gerichtsacten unfehlbare Mittel eines gleichen etwa später gegen den Quasicedenten zu führenden Beweises an die Hand zu geben und sich dadurch von der ihm sonst obliegenden satisdatio defensum iri frei zu erhalten[15]), was von selbst die weitere Folge hatte, daß auch der Quasicedent nicht mehr zu caviren brauchte, durch seine Handlungen dem Schuldner nicht zu Rückgriffen wider den Quasicessionar Veranlassung geben zu wollen.

---

is caveat de actione pignoris nomine a debitore non instituenda. S. Th. I, S. 267 ff. Th. II, S. 78 not. 21. — — [13]) l. 46 D. de re jud. (42. 1), l. 4 C. comminat., epist. (7. 57), l. 2 C. de sent. ex peric. (7. 44), cf. l. 45 §. 7. 8 D. de jure fisci (49. 14). — — [14]) l. 2 C. de edendo (2. 1), l. 6 C. de re jud. (7. 52), cf. l. 45 §. 6 D. de jure fisci (49. 14), l. 4 C. de fide instrum. (4. 21). — — [15]) S. Th. II, S. 268 ff.

Hiernach ist die von Bähr[16]) aufgeworfene und von ihm, wie von dem Entwurfe eines deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse[17]) bejahete Frage, ob der Cessionar ein Recht habe, vom Cedenten die Ausstellung einer öffentlichen Cessionsurkunde zu fordern, vielmehr dahin zu beantworten: Der Cessionar hat nur das Recht, zur Sicherung gegen die Nachtheile der ihm gegen den Cessus obliegenden Verpflichtung zur satisdatio defensum iri vom Cedenten ebenfalls satisdatio defensum iri zu verlangen; dem Cedenten seinerseits ist aber gestattet, dem Satisdationsverlangen des Cessionars durch Ausstellung einer öffentlichen Cessionsurkunde auszuweichen, da hierdurch auch der Cessionar dem Schuldner gegenüber von der Satisdationsverpflichtung und jeder sonst denkbaren Gefahr befreiet wird. Die Ausstellung einer öffentlichen Cessionsurkunde ist also in solutione, nicht, wie Bähr und der erwähnte Gesetzentwurf annehmen, in obligatione, woraus folgt, daß die Kosten vom Cedenten, nicht — nach Bähr's Meinung[18]) — vom Cessionar zu tragen sind; der Cessionar würde sonst dabei beharren können, die Erfüllung seines auf Satisdation gerichteten Obligationsanspruchs zu fordern.

Sei dem indeß, wie ihm wolle, jedenfalls ist so viel klar, daß die Gefahr mangelhafter Sachlegitimation des Cessionars vom Cessus nicht zu übernehmen ist, sondern durch die Forderung der satisdatio defensum iri auf den Cessionar gewälzt werden darf, der sie seinerseits durch die Forderung einer gleichen Caution auf den Cedenten abwälzen mag; ein Kreislauf, welcher schließlich das in Frage stehende Rechtsverhältniß für alle Betheiligten in die der Natur der Sache angemessene Lage bringt und die Bedürfnisse des Verkehrs mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit auf das befriedigendste aussöhnt.

Blicken wir nun zum Schluß auf das Ergebniß unserer Erörterung zurück, so läßt sich dasselbe dahin zusammenfassen, daß die utilis actio, und zwar die ihrer Existenz nach unentschiedene und dem Schuldner unbekannte nicht weniger, als die ihrer Existenz nach entschiedene und dem Schuldner bekannte, ein erworbenes, weder durch Tod und Widerruf des Cedenten, noch durch Tod des Cessionars zerstörbares Recht des Cessionars ist, welches durch einen auf eine justa causa gestützten wirklichen oder fingirten Klagauftrag entsteht und zur Sachlegitimation des Cessionars nicht mehr als den Beweis, die Guarantie

---

16) Jahrb. f. Dogmat. I, S. 357. 481 f. — — 17) Art. 332. — — 18) a. a. O. S. 482. Vergl. übrigens Mühlenbr., Ceff. §. 63, S. 621. Puchta im Rechtslex. Bd. 2, S. 653.

und die Rückguarantie dieser Thatsache erfordert. Dieses Ergebniß bestärkt die Widerlegung des hie und da in der Theorie und selbst in der Praxis vertheidigten Irrthums, als müsse zur Cession oder Quasicession erst noch ein fernerer Vorgang — sei es die denunciatio des Cessionars, sei es eine certioratio — hinzukommen, um die utilis actio oder — wie man sich auszudrücken pflegt — ein selbständiges Klagerecht des Cessionars oder Quasicessionars zu begründen und dadurch den Uebergang des Klagrechts aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars zu vollenden. Denn wer richtig unterscheidet theils zwischen dem Delegationsprincip mit dem directe agere alieno nomine und zwischen dem das utiliter agere proprio nomine beherrschenden Gedanken prätorischer Singularsuccession, theils zwischen der Entstehungsunentschiedenheit der utilis actio und zwischen der Unbekanntheit derselben, der wird mit uns von der Wahrheit folgender Sätze überzeugt sein: 1. die denunciatio gleich der insoweit ihr ähnlichen Annahme einer Abschlagszahlung u. s. w. ist lediglich bestimmt, die in's Belieben des Cessionars gestellte Lösung der Entstehungsunentschiedenheit der utilis actio klar zu machen, und darf am wenigsten mit der bloß die Unbekanntheit der utilis actio aufhebenden certioratio verwechselt werden; 2. der durch die Folgen der Entstehungsunentschiedenheit und Unbekanntheit der utilis actio auf den ersten Blick verbreitete Schein, als beginne der Gläubigerwechsel bei der Cession und Quasicession überhaupt erst mit der denunciatio, beziehungsweise certioratio, verschwindet bei näherer Betrachtung bald vor der einfachen Wahrheit, daß allerdings der Schuldner und unter Umständen selbst andere Gläubiger des Schuldners bei thatsächlicher Unmöglichkeit der Beachtung der durch die Cession oder Quasicession hinsichtlich des Forderungseigenthums ohne Weiteres eingetretenen Veränderungen vor den nachtheiligen Folgen der Nichtbeachtung derselben ope exceptionis gesichert sind, daß aber ebendeshalb die oberwähnten Veränderungen hinsichtlich des Forderungseigenthums durch die bloße Cession oder Quasicession an sich eingetreten sein müssen und, soweit sie eingetreten sind, nach jeder anderen Richtung ihre Wirksamkeit zu äußern unbehindert sein werden.

B. Zweites Erforderniß.

Personen mit der allgemeinen Fähigkeit, zu verfügen, nicht aber nothwendig mit der besonderen Fähigkeit des Cedenten, **durch** Andere, und des Cessionars, **für** Andere zu klagen.

Weil der wirkliche oder fingirte Klagauftrag das Forderungsrecht, §. 28.
auf welchen er sich bezieht, dem Inhalte nach (utiliter) unmittelbar aus dem Vermögen des Cedenten in das Vermögen des Cessionars überträgt, so enthält derselbe auf der einen Seite die Veräußerung, auf der anderen Seite den Erwerb eines Forderungsrechts. Unerläßlich ist also allerdings auf Seiten des Cedenten alles dasjenige, was zu einer gültigen Veräußerung, auf Seiten des Cessionars alles dasjenige, was zu einem gültigen Erwerbe überhaupt und des fraglichen Forderungsrechts insbesondere erfordert wird [1]). Was dieses sei, folgt aus allgemeinen Principien und braucht hier nicht näher erörtert zu werden. Nur beispielsweise sei hervorgehoben, daß zu den Erfordernissen einer gültigen Veräußerung bei der Cession der actio de dote abseiten einer in väterlicher Gewalt befindlichen Ehefrau der Klagauftrag des Vaters unter Zustimmung der Tochter [2]), bei der Cession von Mündelforderungen die eigne Betheiligung des Mündels unter Hinzutritt (nach Umständen auctoritas oder consensus) des Vormunds [3]), oder falls die eigne Betheiligung des Mündels unthunlich ist, die gestio des Vormunds unter höherer Autorisation des Prätor gehört [4]). Nach neuerem römischen Recht scheint sogar jede Cession einer Mündelforderung der obervormundschaftlichen Genehmigung zu bedürfen, da ohne solche Genehmigung — von wenigen Ausnahmefällen abgesehen — gültig weder Mündelgut veräußert [5]), noch eine Mündelforderung durch Zahlung getilgt werden kann [6]). Die meisten deutschen Particulargesetzgebungen fordern obervormundschaftliche Genehmigung, wenigstens zur Cession größerer Mündelforderungen [7]).

Dagegen ist kein Zweifel, daß besondere persönliche Cessions-

---

[1]) Mühlenbr., Cess. §. 41. — — [2]) l. 14 D. quae in fraud. cred. (42. 8) in Verbindung mit l. 2 §. 1 D. solut. matrim. (24. 3). Baron, Gesammtrechtsverh. S. 398. — — [3]) S. Th. I, S. 4. — — [4]) S. Th. I, S. 5. — — [5]) l. 22, l. 28 §. 5 C. de admin. tut. (5. 37), l. 4 C. quando decreto opus n. e. (5. 72). — — [6]) l. 25, l. 27 C. de adm. tut. (5. 37), §. 2 J. quib. alien. lic. (2. 8), cf. Nov. 72 c. 5–8. — — [7]) Oesterr. G. B. §. 233. Bürgerl. G. B. f. Sachsen §. 1979. Braunschw. Ges. v. 15. Oct. 1832 Nr. 33 §. 12.

beschränkungen — außer den hier nicht in Betracht kommenden positiven Verboten der Cession an Mächtigere[8]), der Cession einer Forderung gegen einen Minderjährigen an dessen jetzigen oder gewesenen Vormund[9]), der Cession der Schuldforderung eines Juden gegen einen Christen an einen Christen[10]) — so wenig auf Seiten des Cedenten, als auf Seiten des Cessionars vorhanden sind.

Namentlich bedarf der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar oder Quasicessionar weder der Fähigkeit des Cedenten oder Quasicedenten, durch Andere, noch der eignen Fähigkeit, für Andere zu klagen, weil das hierauf bezügliche prätorische Edict bei den betreffenden Personen nur das alieno nomine agere[11]) und das per alios agere[12]) verhindern will[13]), von beidem aber bei dem suo nomine zu eignem Vortheil klagenden Cessionar und Quasicessionar keine Rede sein kann. Daher wird auch in dem Falle eines Rescripts die exceptio procuratoria gegen den Soldaten, welcher als procurator in rem suam mit einer aus der Person des Cedenten entlehnten intentio auftritt, gerade dadurch zu begründen gesucht, daß er alieno nomine klage[14]); daher werden ferner die Ausnahmen, welche bei den als procuratores in rem suam in des Cedenten Namen klagenden Soldaten und Frauen von der Anwendung der exceptio procuratoria gemacht sind[15]), dadurch gerechtfertigt, daß man auch diese Art der Rechtsverfolgung als ein proprium negotium der Soldaten und Frauen darstellt, gleichsam als ob das procuratorio in rem suam nomine agere im Wesentlichen bloß formell von dem utiliter proprio nomine agere verschieden wäre. Ja die Westgothische Erklärung zu Paulus verfehlt nicht, als Grund der bei Frauen auch hinsichtlich des directe agere alieno nomine zu machenden Ausnahmen geradezu auszusprechen, daß die utilis actio suo nomine an sich von der exceptio procuratoria frei sei. Die betreffenden Worte lauten[16]):

Feminae licet procurationem suscipere prohibeantur, tamen

---

8) l. 2 C. ne liceat potent. (2. 14), c. 2 X. de alien. jud. m. c. (1. 42). Mühlenbr., Ceff. S. 370 ff. — — 9) Nov. 72 c. 4. Mühlenbr., Ceff. S. 389 ff. — — 10) Augsb. R. A. v. 1551 §. 79. R. P. O. v. 1577 Tit. 20 §. 4. Mühlenbr., Ceff. S. 396 ff. — — 11) l. 2 §. 4 D. de except. (44. 1): . . qui dicit, non licere procuratorio nomine agere. fr. Vat. §. 322. 323. — — 12) Quintil. Inst. art. orat. IV, 4 §. 6: . . Male petis, procuratorem enim tibi esse non licet; sed neque illi, cujus nomine litigas, habere procuratorem. — — 13) S. Th. II, S. 79 ff. — — 14) l. 9 C. de procur. (2. 13). S. Th. II, S. 84 ff. Interpr. 1 zu Basil. VIII, 2 c. 83 (Heimb. I, p. 404). — — 15) S. Th. II, S. 84 ff. — — 16) Interpret. Visig. ad Paul. sent. rec. I, 2 §. 2.

si dominae et procuratrices fiant, pro re jam sua[17]) agere possunt.

Dominae heißen die zu procuratrices in rem suam bestellten Frauen mit Rücksicht auf die ihnen im eignen Namen gebührende utilis actio, welche das schon vor der litiscontestatio auf den Cessionar übergegangene dominium actionis zu schützen bestimmt ist. Heißt es nun gar, daß dergleichen zu procuratrices und dominae bestellte Frauen für eine schon vor der Einlassung zur ihrigen gewordene Proceßsache (pro re jam sua) ohne Befürchtung einer procuratoria exceptio klagen können, so ist in diesen das Wesen der utilis actio auf das Genaueste bezeichnenden Worten eine Hindeutung auf die Unanwendbarkeit der procuratorischen Einreden bei dieser Klagform deutlich genug ausgedrückt, um vor Verkennung gesichert zu sein.

Diese auch von v. Savigny[18]) anerkannte Eigenschaft der utilis actio suo nomine war sehr wichtig; denn sie bewirkte, daß alle Ehrlosen schon vor Justinian Cessionen zu ertheilen und Cessionen zu übernehmen vermochten; ferner daß alle diejenigen Personen, welche nur für sich, nicht für Andere postuliren durften, wie Soldaten, Frauen, Blinde, im Stande sich befanden, schon vor den wenigstens bei Soldaten und Frauen später auch hinsichtlich des directe agere alieno nomine eingetretenen Milderungen Cessionen zu übernehmen; endlich daß selbst diejenigen Personen, welche nicht einmal für sich postuliren sollten, wie Menschen unter 17 Jahren, Taube, Stumme[19]) und nach späterem Rechte auch personae illustres[20]), Geistliche, mit Hülfe des Rechts, im eignen Namen zustehende Klagen durch Vertreter auszuführen, zur Uebernahme von Cessionen befähigt wurden.

---

17) Sichard und Ritterhuis. lesen: propter rem jam suam. — — 18) Syst. Bd. 2, S. 216 f. — — 19) l. 43 pr. D. de procur. (3. 3). — l. 3 §. 3, l. 4 D. de postul. (3. 1), l. 12 pr. D. de tutor. dat. (26. 5), l. 65 §. 3 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 14 §. 7 D. de solut. (46. 3), §. 4 J. de curator. (1. 23). — — 20) l. 25 C. de procur. (2. 13), l. 11 C. de injur. (9. 35), Nov. 71 c. 1.

C. Drittes Erforderniß.

Klagerechte, tauglich oder untauglich zu processualischer Delegation, jedoch auf Leistungen gerichtet, welche überhaupt und ohne Veränderungen zu erleiden, Namens des Cedenten dem Cessionar zu schließlich eignen, durch die causa der Cession bestimmten Zwecken geschehen können.

§. 29. I. Da die utilis actio das nach Honorarrecht auf den Cessionar übertragene Klagerecht des Cedenten ist, wie dieses zur Zeit des wirklichen oder fingirten Klagauftrags gerade beim Cedenten bestand, so kann der Erwerb der utilis actio nicht davon abhängen, ob das Recht des Cedenten zur processualischen Delegation tauglich oder untauglich war. Darf doch z. B. auch das Recht des Erben, zur baldigen Ausübung der optio legata dem Legatar bei Verlust des Klagerechts vom Prätor eine Frist setzen zu lassen [1]), vom Erbschaftskäufer kraft fingirter Cession utiliter im eignen Namen geltend gemacht werden [2]). Es ist daher

A. ohne Weiteres klar, daß auch Präjudicialklagen, d. h. Klagerechte, welche der condemnatio entbehren, als utiles actiones auf den Cessionar übergehen können, falls in dem Gegenstande derselben keine Hindernisse vorliegen. Was sollte z. B. im Wege gestanden haben, daß derjenige Cessionar, welcher die ihm von einer Ehefrau nach Trennung der Ehe abgetretene Dotalrückforderungsklage utiliter im eignen Namen anstellen wollte, aber wegen der noch nicht verfallenen Rückgabefristen eine Verurtheilung des Mannes erst später herbeiführen konnte, um vorläufig wenigstens den Betrag der dos festzustellen, sofort das praejudicium: quanta dos sit, utiliter im eignen Namen durchführte [3])?

Ebenso gewiß ist, daß

B. Klagerechte, welche der condemnatio nicht entbehren, als utiles actiones auf den Cessionar übergehen, obwohl sie rechtshängig, bedingt oder betagt sind.

---

[1]) l. 6 D. de optione vel elect. leg. (33. 5). — — [2]) l. 13 §. 1 D. de opt. vel elect. leg. (33. 5). Vergl. auch l. 1 §. 6 D. de separat. (42. 6). — — [3]) cf. l. 14 fin. D. quae in fraud. cred. (42. 8) und Gaj. IV, 44. cf. Nov. 97 c. 6 §. 1.

Was

a. die **rechtshängigen** Klagerechte betrifft, so folgt deren Möglichkeit, als utiles actiones überzugehen, zunächst schon daraus, daß einerseits die Form processualischer Delegation unanwendbar und andererseits doch die Cessibilität unzweifelhaft bezeugt ist; denn es lassen nicht nur die positiven Verbote der Cession streitiger Klagen sichere Ausnahmen zu [4]), sondern es sagt auch Ulpian theils vom Verkäufer einer Erbschaft [5]):

Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes, quas ipse heres constituit, dicendum erit praestari emtori debere. Itaque et si fidejussorem acceperit ab hereditario debitore, ipsam hanc actionem, quam habet heres, praestare emtori debebit: **sed et si novaverit vel in judicium deduxerit actionem**, praestare debebit hanc ipsam actionem, quam nactus est.

theils vom Verkäufer einer Einzelsache [6]):

Sed et si quid postea [7]) rei venditae nocitum sit, actio emtori praestanda est vel damni infecti [8]) **vel aquae pluviae arcendae** vel Aquiliae [9]) vel Interdicti: Quod vi aut clam [10]).

Dort ist die Cessibilität rechtshängiger Klagen ausdrücklich, hier ist sie stillschweigend anerkannt; das letztere nämlich insofern, als unter den zur Erlangung von Schadensersatz dienenden Klagen auch die actio aquae pluviae arcendae genannt ist, diese Klage aber außer der Abwendung zukünftigen Schadens [11]) Vergütung nur hinsichtlich des nach der Einlassung entstandenen Schadens zum Gegenstande hat [12]), mithin als ein Mittel zur Erlangung von Schadensersatz nur abgetreten werden kann, nachdem sie rechtshängig geworden ist.

Ferner wird uns in der Westgothischen Erklärung zum Theodo-

---

4) l. 4 §. 1 C. de litigios. (8. 37). S. Th. II, S. 90. — — 5) l. 2 §. 8 D. de her. vel act. (18. 4). — Francke im Comment. zum Pandectentitel: de her. pet. S. 36 f. 47 irrt, wenn er nach Vorjustinianeischem Rechte die Cession streitiger Klagen für unmöglich hält. — — 6) l. 13 §. 12 D. de act. E. V. (19. 1). — Cujac. opp. VIII, p. 769. — — 7) Die Handschriften lesen praeterea; siehe aber Huschke in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 4, S. 299. — — 8) l. 18 §. 10 D. de damn. inf. (39. 2). — — 9) l. 15 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 17 §. 1 D. de reiv. (6. 1). — — 10) l. 11 §. 9—13 D. quod vi aut cl. (43. 24), l. 12 D. arbor. furt. caes. (47. 7). — — 11) l. 1 pr. §. 1, l. 6 §. 4, l. 11 §. 3 in f. l. 14 §. 2 D. de aqu. et aqu. pluv. (39. 3). — — 12) l. 6 §. 6 D. eod., cf. l. 16 D. eod.

stianischen Codex bestimmt überliefert, daß der Cessionar die ihm nach der litiscontestatio abgetretenen Klagen „wie der Herr des Klagerechts," also utiliter im eignen Namen, geltend mache (repetat ut dominus)[13]).

Endlich ist selbst die translatio judicii, welche aus zureichenden Gründen durch ein causa cognita erlassenes Decret des Prätor vom Principal auf den Procurator, vom Procurator auf den Principal oder auf einen andern Procurator[14]) oder sonst von einer Person auf eine andere geschehen konnte, nichts anderes, als die auf fingirte Cession gestützte Uebertragung eines utile judicium, als ob der Nachfolger dominus litis wäre oder selbst die litiscontestatio vorgenommen hätte. Die Kaiser Diocletian und Maximian würden sonst an den Verinus, Statthalter von Syrien, nicht rescribirt haben[15]):

> Nihil arbitramur interesse, utrum ab initio, an coepta jam lite negotium ad personam procuratoris transitum fecerit.

zumal überdies dieselben Kaiser mittheilen, der Minderjährige, welcher während eines vom Curator begonnenen Processes volljährig werde, trete dergestalt in den Proceß ein, daß er im eignen Namen die Appellation ausführe[16]); zumal ferner die Basilikenscholie[17]) durch die Bemerkung, daß vor Aufhebung des ordo judiciorum die Formel eine andere Fassung erhalten habe, wenn der Procurator erst nach der litiscontestatio eingetreten sei, unverkennbar auf die den Procurator loco domini darstellende Fiction hindeutet, welche vom Prätor bei der translatio judicii in die condemnatio aufgenommen wurde und natürlich bei dem durch die litiscontestatio direct zum dominus litis gewordenen Procurator ausfiel.

Durchaus zweifellos ist übrigens, daß die actio judicati mit der Wirkung, vom Cessionar utiliter im eignen Namen erhoben zu werden, abgetreten werden kann[18]).

b. Bedingte und

c. betagte Forderungen,

müssen sofort als utiles actiones durch wirkliche und fingirte Cession

---

[13]) ad l. 1 C. Th. de cognit. (2. 12). S. Th. II, S. 114 ff. — — [14]) l. 25 — l. 27 D. de procur. (3. 3), l. 45 §. 1 D. mand. (17. 1), l. 6 §. 3 D. si cuj. un. nom. (3. 4). — — [15]) l. 20 C. de procur. (2. 13). — — [16]) l. 10 C. de appellat. (7. 62). — — [17]) Schol. Thalel. zu Basil. VIII, 2 c. 94 (Heimb. I, p. 413). — — [18]) l. 1 C. de contrar. jud. tut. (5. 58), l. 6 D. de instruct. et instr. leg. (33. 7). S. Th. I, S. 62 ff. 362 ff.

übertragbar sein, weil ihre unverweilte Cessibilität[19]) nicht minder, als bis zum Eintritt ihrer Unbedingtheit und Unbetagtheit ihre Untauglichkeit zu processualischer Delegation feststeht. Außerdem sind hinsichtlich bedingter und betagter Forderungen mehrere Fälle fingirter Cession in den Rechtsbüchern geradezu bezeugt worden. Es gehört dahin, daß bedingte und betagte Forderungen verkauft, also durch die mit dem Verkaufe verknüpfte Cessionsdichtung gerade als utiles actiones dem Käufer zugewandt werden[20]), ferner daß sie als Gegenstände eines Fideicommisses auf den Fideicommissar ohne Weiteres durch fingirte Cession als utiles actiones übergehen[21]), daß der Schenker, welcher dem Beschenkten aufgiebt, das Empfangene nach einer bestimmten Zeit einem Dritten herauszugeben, die dadurch für ihn begründete actio praescr. verb. trotz deren Befristung sofort durch fingirte Cession auf den geschäftsführungsweise vertretenen Dritten überträgt[22]), daß derjenige, welcher als Geschäftsführer des Quasiproprietars dem Quasiusufructuar fruendi causa Geld übergiebt und dem Quasiproprietar den dereinstigen Rückempfang bedingt, die dadurch entstandene actio praescr. verb., obgleich sie erst mit dem Tode oder Statusverluste des Quasiusufructuars verfällt, doch sofort durch fingirte Cession dem Quasiproprietar als utilis actio verschafft[23]).

Das wirkliche mandatum agendi begründet freilich auch bei bedingten und betagten Forderungen in Betreff des Subjects der Forderung zunächst einen Zustand der Unentschiedenheit, da der procurator in rem suam durch die Betagtheit oder Bedingtheit nicht behindert ist, das nomen nach freier Wahl dem Vermögen des Cedenten zu belassen oder dem eignen Vermögen einzuverleiben[24]); allein die für die letztere Alternative durch denunciatio getroffene Entscheidung vermag doch augenblicklich festzustellen, daß das bedingte oder betagte nomen schon durch das mandatum agendi in das Vermögen des Cessionars mit denselben Wirkungen übergegangen sei, als ob dasselbe in der Person des Cessionars entstanden wäre[25]). Es ist deshalb kein Zweifel, daß sowohl durch wirkliche als durch fingirte Cession bedingte und betagte nomina vor Eintritt der Bedingung und vor Ablauf der Zeit-

---

[19]) l. 17, l. 19 D. de her. vel act. (18. 4), l. 43 D. mand. (17. 1), l. 45, l. 73 §. 1 D. ad leg. Falcid. (35. 2), l. 19 §. 4 D. quando dies legat. (36. 2), l. 3 C. de donat. (8. 54). — — [20]) l. 17, l. 19 D. de her. vel act. (18. 4). — — [21]) l. 23 D. de pact. dotal. (23. 4). S. Th. I, S. 209 ff. — [22]) l. 3 C. de donat., quae sub modo (8. 55). S. Th. I, S. 449 ff. — — [23]) l. 10 D. praescr. verb. (19. 5). S. Th. I, S. 463 ff. — — [24]) Vergl. l. 41 D. de condit. (35. 1), l. 43 D. mand. (17. 1), l. 3 C. de donat. (8. 54). Schol. 13 zu Basil. XIV, 1 c. 27 §. 5 (Heimb. II, p. 112). — — [25]) Vergl. Th. I, S. 8 not. 23. S. 9 f. Th. II, S. 172 ff. S. 233.

frist in Form entstehender utiles actiones den Gläubiger wechseln können [26]).

Ebensowenig darf bezweifelt werden, daß sonst ungewisse Forderungen, z. B. Forderungen auf eventuelle Rückgabe einer Dienstcaution [27]), Forderungen, bei welchen der debitor cessus nicht sofort angegeben werden kann [28]), oder Forderungen von ungewisser Summe [29]), ungewissem Gegenstande [30]), ungewisser Dauer, ungewisser Zahlungsfähigkeit und Sicherheit des Schuldners, ungewisser Menge [31]) u. s. w. mit der Wirkung, auf den Cessionar sofort zu prätorischem Eigenthum überzugehen, cessibel sind. Auch die Forderung auf eine alea, d. h. auf einen möglicher Weise großen, kleinen oder in nichts sich auflösenden Erfolg, z. B. auf mögliche Entschädigung aus einem Versicherungsvertrage [32]), auf mögliche Lotteriegewinne [33]), auf mögliche Erlangung eines Bergwerkseigenthums aus einer Muthung [34]), ja selbst die spes futurae actionis, d. h. die bloße Aussicht auf künftige nur mögliche Forderungen [35]), z. B. die Hoffnung aus einem bedingten Forderungsvermächtniß [36]), ist ein tauglicher Gegenstand unverweilter Uebertragung, indem der Cessionar vermöge der ihm gebührenden utiles actiones sofort Herr der aleatorischen Forderung und selbst der bloßen Forderungserwartung zu werden im Stande ist. Der Basilikenscholiast Theodorus [37]) würde sonst nicht das entschieden nicht ohne Interpolationen in den Codex aufgenommene Rescript, wonach eine spes futurae actionis schenkungsweise veräußerlich sein soll, durch ausdrückliche Bezugnahme auf diejenige Constitution Justinian's erklärt haben, welche dem donationis causa bestellten procurator in rem suam die bis dahin entbehrten utiles actiones verleihet [38]). Cedirt also z. B. derjenige,

---

26) Seuffert, Arch. XIII, Nr. 89. Mathiae, Controversenlex. I, S. 153, Präjud. 6. — — 27) Seuffert, Arch. XIV, Nr. 223. — — 28) Seuffert, Arch. VIII, Nr. 20. — — 29) l. 5 D. de her. vel act. (18. 4). Mühlenbr., Cess. §. 24, S. 263. Koch a. a. O. S. 57. — — 30) l. 76 D. de legat. I (30). — — 31) l. 34 §. 1, l. 64 D. de legat. III (32). — — 32) A. D. H. G. B. Art. 896. 904. 905. Endemann, Handelsr. §. 174 Nr. IV. Malß in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Jahrg. 8, S. 371 ff. — — 33) Seuffert, Arch. XI, Nr. 177. 178. Vergl. über das sog. Heuergeschäft bei Staatslotterieanlehen Thoel, Handelsr. 3. Aufl. Th. I, §. 103. — — 34) Seuffert, Arch. XIV, Nr. 224. — — 35) l. 3 C. de donat. (8. 54). S. Th. II, S. 93. Daß kein Grund vorliegt, die hier erwähnte spes futurae actionis im Sinne einer bloß bedingten Forderung aufzufassen, welche auch wohl spes debitum iri genannt wird (§. 4 J. de V. O. 3. 16, l. 73 §. 1 D. ad leg. Falcid. 35. 2), erhellet aus l. 11 D. de her. vel act. (18. 4), welche mit l. 1, l. 7 D. eod. nicht im Widerspruche steht. cf. l. 3 §. 2 D. pro soc. (17. 2). Mühlenbr., Cess. S. 260 not. 31. Koch a. a. O. S. 53. arg. l. 4 C. quae res pignori (8. 17). — — 36) l. 11 D. quib. ex caus. in poss. (42. 4) . . . spes commodi. — — 37) Schol. 1 zu Basil. XLVIII, 1 c. 37 (Heimb. IV, p. 580). — — 38) l. 33 C. de donat. (8. 54). S. Th. I, S. 19 f. 24 ff.

dem unter einer aufschiebenden Bedingung ein legatum nominis ausgesetzt worden ist, die künftig mögliche actio ex testamento gegen den Erben auf Cession des nomen oder die künftig mögliche utilis actio auf Zahlung des Geschuldeten gegen den Schuldner, dessen nomen bedingt vermacht und insofern auch fingirter Weise bedingt cedirt worden ist, so entsteht ein Rechtsverhältniß der Art, daß zwar der Cedent die Erfüllung der Bedingung erleben muß, damit überhaupt ein Klagerecht als letztes Object der Cession zur Existenz kommt, der Cessionar aber die ihm überlassene Aussicht auf dasjenige Klagerecht, welches möglicher Weise durch die bei Lebzeiten des Cedenten in Erfüllung gehende Bedingung zur Existenz kommen kann, auch vor Erfüllung der Bedingung seinen Erben hinterläßt[39]). Aehnlich, wenn der Vater, welcher die Tochter dotirt hat, seine spes quandoque recipiendae dotis cedirt[40]).

Es wird hiernach außer Frage sein, daß darauf, ob das Klagerecht zu processualischer Delegation tauglich oder untauglich sei, nichts ankomme, um durch wirkliche oder fingirte Cession als utilis actio übertragen zu werden. Es ist aber, sofern nur einstweilen der noch später eingehend zu führende Beweis vorausgesetzt wird, daß die utilis actio überhaupt darauf gerichtet sei, die vom Cessus geschuldete Leistung zum Endzweck eignen Nutzens zunächst im Namen des Cedenten zu empfangen[41]), auch

II. ebenso gewiß, daß das **Klagerecht, um cessibel zu sein, eine Leistung verfolgen muß, welche überhaupt und ohne eine Veränderung zu erleiden, Namens des Cedenten dem Cessionar zu schließlich eignen, durch die causa der Cession bestimmten Zwecken geschehen kann.**

Für dieses Erforderniß sprechen in verstärktem Grade die nämlichen Gründe, welche für dasselbe Erforderniß bei der Uebertragung durch processualische Delegation angeführt worden sind[42]). Weil der Cessus einerseits in dem Rechte, durch Erfüllung seine Verbindlichkeit zu lösen, nicht behindert werden darf, und andererseits doch durch das entschiedene und ihm bekannte Dasein der utilis actio verpflichtet sein würde, bei Vermeidung doppelter Erfüllung nicht dem Cedenten, sondern statt dessen dem Cessionar die diesem zu eignem Vortheil vom Cedenten überwiesene Leistung abzuführen, so muß nothwendig die

---

39) l. 21 §. 2 D. de liberat. leg. (34. 3). S. Th. II, §. 21 not. 3. — — 40) l. 71 D. de evict. (21. 2) in Verbindung mit l. 14 D. quae in fraud. credit. (42. 8), Nov. 97 c. 6 §. 1. A. M. wegen l. 21 C. de donat. (8. 54) Giphan. lect. Altorf. ad h. l. Siehe jedoch Basil. XLVII, 1 c. 54 u. Schol. (Heimb. IV, p. 583). v. Meyerfeldt, Schenk. Th. I, S. 259. — — 41) S. Th. II, §. 34 Nr. I. — — 42) S. Th. II, S. 95 ff.

Leistung der Art sein, daß sie Namens des Cedenten dem Cessionar zu dessen eignem Nutzen abgeführt werden kann, ohne eine Aenderung zu erleiden oder den ihr durch Gesetz oder Parteiwillen gegebenen Zweck zu verfehlen[43]). Der Cessus würde sonst berechtigt sein, den Versuch des Cessionars, ihn zu einer nicht in dieser Art und nicht zu diesem Zweck geschuldeten Leistung zu nöthigen, durch exceptio doli zu vereiteln.

Braucht aber der Cessus dem Cessionar überhaupt nichts zu leisten, was er nicht in derselben Art dem Cedenten schuldig ist und was nicht in den Händen des Cessionars ebensowohl, als in den Händen des Cedenten den gesetzlichen oder vereinbarten Zweck erfüllen kann, so ergeben sich daraus, abgesehen von anderen ohne Weiteres auf der Hand liegenden Folgerungen hinsichtlich der Unabtretbarkeit des interdictum de liberis exhibendis vel deducendis, der vom Eigenthum des berechtigten Hauses getrennten Klage auf Einräumung einer servitus tigni immittendi u. s. w., nachstehende einer eingehenderen Erwähnung bedürftige Anwendungen:

Erstens. Der Anspruch des Patrons gegen seinen Freigelassenen auf operae officiales[44]) ist je nach der Natur der schuldigen Dienste bald in Form der utilis actio übertragbar, bald nicht übertragbar. Handelt es sich nämlich um Dienste, welche die Person des Patrons angehen, so können dieselben auch einem Singularsuccessor nicht geleistet werden, ohne ihre Eigenart zu verlieren, sind also nicht cessibel[45]); stehen dagegen künstlerische Dienste in Frage, so liegt ihrer Ueberweisung an einen Singularsuccessor nichts im Wege, weil sie, auch wenn sie Namens des Patrons einem Anderen zu dessen eignem Genusse geleistet werden, nach Beschaffenheit und Menge unverändert bleiben. In Betreff solcher durch die Persönlichkeit des Empfängers nicht bestimmter Dienste ist deshalb im römischen Rechte nicht bloß die wirkliche Cession unbeschränkt und ohne daß derselben die Wirkung der utilis actio abgesprochen wird, zugelassen worden[46]), sondern sogar bei der durch Stellvertreter zu beschaffenden Begründung des Anspruchs eine fingirte Cession und somit für den Vertretenen die utilis actio namentlich als statthaft erklärt[47]).

Dieselben Grundsätze entscheiden, wenn es sich nach heutigem

---

[43]) S. Entw. eines G. B. f. Baiern Art. 146. — — [44]) S. Th. II, S. 96 ff. — — [45]) Ebenso die nach Preuß. L. R. von Pflegekindern den Pflegeeltern zu leistenden Dienste. Pr. L. R. Th. II, Tit. 2, §§. 761. 765. 766. Tit. 5, §. 206. Koch a. a. O. S. 71 f. — — [46]) S. Th. II, S. 98 not. 69—72. — — [47]) l. 6 §. 3 D. de confess. (42. 3).

Recht um die Cession einer Forderung auf Handwerker-, Tagelöhner- und selbst auf Gesindedienste fragt. Die Cession ist möglich oder unmöglich, je nachdem die schuldigen Dienste, wenn sie statt des Cedenten dem Cessionar zu eignem Genusse geleistet werden, irgend eine contractswidrige Veränderung erleiden oder nicht [48]). Oder sollte wohl, so oft nicht mit besonderer Rücksicht auf meine Person contrahirt worden — die unveränderte Reichung der Gegenleistung vorausgesetzt — der Müller, welcher übernommen hat, mir 10 Wispel Weizen zu mahlen, der Drescher, welcher sich mir zum Ausdrusch von 1000 Roggengarben verdungen hat, ablehnen können, meinem Gutsnachfolger und Cessionar dieselben Dienste zu leisten? Sollte nicht sogar mein Knecht, welcher vermöge seines Dienstcontracts Gespanne zu fahren hat, gehalten sein, auch meinem Nachbar, dem ich die Dienste für einen Tag abgetreten habe, diesen Tag lang Gespanne zu fahren?

Zweitens. Der Anspruch auf Unterhalt ist zwar in Qualität und Quantität unter allen Umständen nach dem persönlichen Bedürfniß des ursprünglichen Gläubigers zu bemessen, nichtsdestoweniger aber bald cessibel, bald nicht cessibel, je nachdem die schuldige Reichung, bestehend in Leibesnahrung, Kleidung, Wohnung, dem Cessionar zu eignem Vortheil Namens des Cedenten geschehen kann, ohne eine andere zu werden, oder je nachdem das Gegentheil stattfindet [49]). So bringt schon z. B. die Natur der Sache mit sich, daß der Leibzüchter den Anspruch auf eine seinem Bedarfe entsprechende Quantität Brotkorn und Schweinegut cediren, den Anspruch auf Kost und Wohnung am Tische und im Familienzimmer des Colonen nicht cediren darf [50]).

Aus denselben Gründen ist die Klage aus einem Leibrentenvertrage in der Regel cessibel, so daß der Cessionar zwar nur für die Lebenszeit des Cedenten, jedoch über seinen eignen Tod hinaus die dem Cedenten bestellten Renten einzufordern vermag [51]).

Drittens. Retractsklagen, welche das Gesetz gewissen Personen wegen ihrer Stellung in der Familie (Erblassung) [52]) oder Ge-

---

[48]) Westphal, Lehre vom Kauf- und Miethcontr. §. 909. Berger, oecon. jur. III, 5 th. 22 not. 5. Lauterbach, colleg. theoret. pract. Pand. XIX, 2 §. 29. Puchta im Rechtsler. Bd. 2, S. 643. — Mühlenbr., Cess. §. 27, S. 322 f. Koch a. a. O. S. 77. Glück, Comment. Bd. 17, S. 316 ff. — — [49]) Puchta a. a. O. S. 643. A. M. Mühlenbr., Cess. §. 27, Nr. 3, S. 329 ff. — — [50]) Preuß. Landr. I, 19 §. 22. Runde, Leibzucht S. 397. 423. — — [51]) Mühlenbr., Cess. §. 27, S. 308 f. cf. l. 15 D. fam. herc. (10. 2). Preuß. Landr. I, 19 §. 22. Koch a. a. O. S. 83 f. Bluntschli, deutsch. Privatr. §. 124 Nr. 3. — — [52]) Steinacker, Braunschw. Privatr. S. 286.

meinde (Marklosung), oder in Folge besonderer Eigenthumsverhältnisse (Nachbarlosung, Ganerbrecht, Lehns- und gutsherrlicher Retract, Reunion von Zubehörungen geschlossener Güter[53])) einräumt, gehen zwar insofern, als sie von dem Eigenthum eines Grundstücks abhängen, mit diesem Grundstücke auf den Eigenthumsnachfolger über, sind aber sonst nicht cessibel; denn im Uebrigen kann die eigenthümliche Bestimmung dieser Klagen, das aus dem betreffenden Kreise veräußerte Gut in denselben zurückzubringen, nur durch die der Person des Cedenten, nicht auch durch die Namens des Cedenten der Person des Cessionars zu eignem Nutzen geschehende Leistung erfüllt werden. Wer also als Cessionar eine solche ihrem Zweck nicht entsprechende Leistung zu erzwingen sucht, handelt wider die Absicht des Gesetzes und darf füglich an der Ausführung seines Vorhabens durch exceptio doli gehindert werden[54]). Es hätte hiernach wohl nicht einmal der in viele Particularrechte besonders aufgenommenen Abtretungsverbote[55]) bedurft, um dennoch der Nichtcessibilität der Klagen aus Näherrechten gewiß zu sein.

Vorkaufsrechte können gleichfalls durch Gesetz, Vertrag oder letzten Willen die Bestimmung erhalten haben, das aus einem gewissen Kreise zur Veräußerung stehende Gut in demselben zurückzuhalten, und sind dann natürlich ebensowenig cessibel wie Retractsklagen[56]). Nur darf diese Ausnahme nicht als Regel betrachtet werden, da sich später zeigen wird, daß ohne dergleichen besondere Gründe die Cessibilität der Klagen aus Vorkaufsrechten außer Zweifel ist[57]).

Weiterer Anwendungen bedarf es nicht, um die oben aufgestellte Regel auch in Betreff der utilis actio zu erhärten. Nur darauf mag noch aufmerksam gemacht werden, daß alle diejenigen Klagerechte, welche früher gegen mannigfach erhobene Bedenken als durch processualische Delegation cessibel nachgewiesen sind, in ebensoweit auch in Form der utilis actio übertragbar sein müssen. Es ist dieses namentlich der Fall:

1. rücksichtlich der sog. actiones vindictam spirantes[58]); denn obschon dieselben zunächst nicht Bereicherung, sondern

---

[53]) Steinacker, Braunschw. Privatr. S. 539 ff. — — [54]) Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 643 f. Glück, Comment. Bd. 16, S. 195 ff. Mühlenbr., Cess. S. 283 ff. Rechtslexic. Bd. 13, S. 299. Walch, Näherr. S. 120. Koch a. a. O. S. 82 f. Renaud, Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 8, S. 273 ff. Platner in Zeitschr. für Rechtsgesch. IV, S. 165 f. — — [55]) Beseler, deutsch. Pr. R. §. 125, Nr. 2. Rechtslex. Bd. 13, S. 283 not. 76. — — [56]) S. Th. II, S. 101 ff. Preuß. Landr. I, 20 §. 594 in Verbindung mit dem Preuß. Provinzialr. IV, 7. Art. 4 §. 1. — — [57]) S. Th. II, S. 290 ff. — — [58]) A. M. sind Mühlenbr., Cess. S. 295 ff. Koch a. a. O. S. 68 ff. Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 644.

Genugthuung für erlittenen Seelenschmerz bezwecken[59]) und daher vor der litiscontestatio nicht eigentlich als Vermögensbestandtheile gelten[60]), so sind dieselben doch zum Zweck der Genugthuung auf eine Vermögensleistung gerichtet, welche ohne Veränderung ihres Wesens anstatt des Cedenten dem Cessionar zu eignem Besten gereicht werden kann. Und warum eine Gesetzgebung, welche sich nicht scheut, Ehrverletzungen durch eine dem Verletzten gebührende Geldsumme sühnen zu lassen, es als unwürdig verwerfen sollte, daß der Verletzte den Anspruch auf die Geldsühne nicht unmittelbar, sondern durch Abtretung an einen Anderen nur mittelbar zur Geltung zu bringen suche und dieser Andere durch Uebernahme der Cession zu diesem Versuche helfe, wird das unbefangene Urtheil schwerlich begreifen. Die Römer haben sich denn auch von empfindsamer Inconsequenz der Art frei erhalten[61]). Wenigstens von der actio injuriarum aestimatoria bezeugt die Basilikenscholie sehr bestimmt, daß sie auch durch Begründung einer utilis actio übertragbar sei. Zum Titel de rebus creditis wird bemerkt, um die verschiedenen Begriffe zu erläutern, welche mit den Ausdrücken res und pecunia zu verbinden sind[62]):

Διὰ τοῦτο ὁ νομοθέτης ἐπέγραψε περὶ π ρ α γ μ ά τ ω ν καὶ οὐ χ ρ η μ ά τ ω ν, ὅτι τὸ ῥὲς παραλαμβάνει καὶ τὰ ἔξω τῆς ἡμετέρας οὐσίας[63]), *αὐτίκα γὰρ ὁ κοινωνίαν συστησάμενος πρός τινα τοτόρουμ βονόρουμ κ α ὶ τ ὴ ν π ε ρ ὶ ὕ β ρ ε ω ς ἀ γ ω γ ὴ ν α ὐ τ ῷ ἐ κ χ ω ρ ε ῖ, καὶ δύναται ὁ πρὸς ὃν αὐτὸς συνεστήσατο τὴν τοιαύτην κοινωνίαν κ ι ν ε ῖ ν τ ὴ ν π ε ρ ὶ ὕ β ρ ε ω ς ὡ ς ἰ δ ί α ν.*

Im Fall einer allgemeinen Gesellschaft soll der eine Gesellschafter verpflichtet sein, auch seine actio injuriarum aestimatoria, wiewohl sie nicht als pecunia, sondern nur als res zu betrachten ist, dem An-

---

59) S. Th. II, S. 99 not. 82. — — 60) S. Th. II, S. 99 not. 83. — — 61) Das Preuß. Landr. I, 11 §. 388 erklärt Injurienklagen nur deshalb für nicht cessibel, weil es Injurienklagen auf eine Privatgeldstrafe nicht kennt. Preuß. Landr. I, 11 §. 389. II, 20 §. 585. Koch a. a. O. S. 68 ff. — — 62) Schol. 1 Abs. 2 zu Basil. XVIII, 1 c. 1 (Heimb. II, p. 584): Ideo Jureconsultus inscripsit: de rebus, non: de pecuniis, quia verbum res complectitur etiam ea, quae extra patrimonium nostrum sunt. Nam statim, atque societatem bonorum omnium quis cum aliquo contraxit, actionem quoque injuriarum ei cedit, et potest is, quocum ejusmodi societatem contraxit, actionem injuriarum tanquam propriam intendere. cf. l. 5 pr. D. de V. S. (50. 16). — — 63) cf. l. 52 §. 16 D. pro soc. (17. 2). Basil. XII, 1 c. 50 §. 16 mit Schol. 39. 40 (Heimb. I, p. 575 sq.). Schol. 1 Abs. 2 zu Basil. XXIII, 1 c. 1 (Heimb. II, p. 586).

deren abzutreten, welcher sie dann sofort gegen den Beleidiger soll verfolgen können als seine eigene (ὡς ἰδίαν) d. h. utiliter im eignen Namen, als ob er Herr derselben wäre.

Damit ist natürlich nicht gesagt, daß der Beklagte dem Cessionar zu verurtheilen sei, wie wenn er nicht den Cedenten, sondern den Cessionar beleidigt hätte. Vielmehr hatte auch der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar in jure genau anzugeben, wer, wie, wo und wann beleidigt worden[64]), und vom Prätor danach den Betrag des Vadimonium oder der cautio de judicio sisti bestimmen zu lassen[65]), um dann nicht nur zu demselben Betrage die Formel zu taxiren[66]), sondern auch als Sieger denselben Namens des Cedenten zu demnächstigem eignem Vortheil in Empfang zu nehmenden Betrag oder weniger vom judex zugesprochen zu erhalten[67]) und als unterliegende Partei auf angestelltes contrarium judicium in den zehnten Theil dieses Betrags als Strafe dem Gegner verurtheilt zu werden[68]). Immer waren es also die persönlichen Verhältnisse des Cedenten, nicht des Cessionars[69]), sowie die Zeit der geschehenen Beleidigung, nicht des Urtheils[70]), welche den judex bei der ex bono et aequo auszumessenden Genugthuung leiteten[71]), so daß dem Cessus durch die Cession keinerlei Nachtheil zugefügt wurde.

Daß aber gleich der als Vorbild anzusehenden Injurienklage alle übrigen actiones vindictam spirantes und insbesondere auch die den reipersecutorischen Klagen näher stehende deutschrechtliche Klage auf Schmerzensgeld[72]) der Uebertragung durch das Entstehenlassen von utiles actiones fähig sein müssen, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden[73]).

Auch ist zweifellos, daß, falls die actio rei uxoriae zu den sog. actiones vindictam spirantes zu zählen sein sollte, weil sie das von Bechmann[74]) dafür gehaltene Gattungsmerkmal theilt, erst nach einer

---

64) l. 7 pr. §. 2. 4 D. de injur. (47. 10), Collat. leg. Mosaic. II, §. 6. — — 65) l. 10 §. 2 D. si quis caution. (2. 11), Gaj. III, 224. IV, 51. — — 66) Collat. leg. Mosaic. II, §. 6: . . . qui injuriarum agit, certum dicat, quid injuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit. Gaj. III, 224. Gellii noct. Attic. XX, 1. §. 7 J. de injur. (4. 4). — — 67) Gaj. III, 224. §. 7 J. de injur. (4. 4). — — 68) Gaj. IV, 177. 178. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 14, S. 296. — — 69) Quintil. instit. or. VI, 1 §. 15. Gaj. IV, 225. §. 12 J. de injur. (4. 4), l. 7 §. 8, l. 15 §. 15, l. 25 §. 14 D. de injur. (47. 10), Paul. sent. rec. V, 4 §. 10. — — 70) l. 21 D. de injur. (47. 10). — — 71) l. 11 §. 1, l. 16, l. 17 §. 2, l. 18 pr. D. de injur. (47. 10), l. 34 pr. D. de O. et A. (44. 7). — — 72) Koch a. a. O. S. 69 f. Braunschw. Crim. G. B. §. 164. CCC. Art. 20. — — 73) Koch a. a. O. S. 70 ff. — — 74) S. Th. II, S. 100 not. 88. Vergl. aber Krit. Viertelj. Schr. f. Gesetzg. u. Rechtsanwend. Bd. 6, S. 20 ff.

besonderen Willenserklärung der Berechtigten als erworben und vererblich zu gelten, die ohne Unterscheidung des directe agere alieno nomine und des utiliter agere proprio nomine bezeugte Cessibilität der actio rei uxoriae [75]) den Beweis gleicher Cessibilität aller Klagen gleicher Gattung bestärken würde.

2. Diejenigen Klagerechte, welche nach des Gläubigers Wahl auf diesen oder jenen Gegenstand gerichtet sind, können nach ausdrücklichem Zeugniß der Rechtsbücher auf Erben und Cessionare mit dem Erfolge übergehen, daß diese hinfort das Wahlrecht ausüben [76]), woraus die Uebertragbarkeit in Form von utiles actiones genugsam hervorleuchtet.

3. Ein gesetzliches oder ein contractliches Vorkaufsrecht, welches z. B. der Verkäufer einer Sache für den Fall, daß der Käufer die Sache wieder verkaufen wollte, sich vorbehalten hat, ist von dem utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar mit der im Gesetz oder Contract begründeten Klage z. B. der actio venditi dahin geltend zu machen, daß aus dem Verkaufe gegen die vom Cedenten zu übernehmenden Verpflichtungen und — zur Beseitigung der exceptio non adimpleti contractus — gegen das vom Cedenten oder vom Cessionar Namens des Cedenten zu vollziehende Angebot der Vorkaufssumme die den Rechten entsprechende Leistung vom Cessus an den diese Rechte wie der Herr des Klagerechts ausübenden Cessionar anstatt des Cedenten entrichtet werde, um dieselbe dem Cessionszwecke gemäß zu eignem Besten zu verwenden [77]). Diese Art der Klagstellung beeinträchtigt den Cessus in keiner Beziehung, weshalb die von der Basilikenscholie ohne Einschränkung anerkannte Cessibilität der auf die Geltendmachung eines Vorkaufsrechts zustehenden Klagen auf die Statthaftigkeit der Uebertragung mittelst der dem Cessionar einzuräumenden utiles actiones ohne Bedenken erstreckt werden darf [78]), zumal dadurch keineswegs ausgeschlossen ist, daß da, wo die dem Cessionar anstatt des Cedenten geschehende Leistung die gesetzlichen oder vereinbarten Zwecke des Vorkaufsrechts nicht erfüllen kann, der utilis actio des Cessionars gleichwohl eine exceptio doli entgegensteht [79]).

---

[75]) l. 14 D. quae in fraud. cred. (42. 8), Nov. 97 c. 6 §. 1. S. Th. II, S. 100. — — [76]) l. 75 §. 3 D. de legat. I (30). S. Th. II, S. 101. — Mühlenbr., Cess. §. 24, S. 204 ff. v. Savigny, Obligat. R. I, S. 397. v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. Th. 3, S. 19. 20. — — [77]) l. 75 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 21 §. 5 D. de act. E. V. (19. 1). S. Th. II, S. 101 ff. — — [78]) S. Th. II, S. 102 not. 104. Anders erkannt wegen l. 122 §. 3 D. de V. O. (45. 1) in Seuffert, Arch. XVII, Nr. 244. — — [79]) S. Th. II, S. 288.

Mit Wiederkaufs- und Rückverkaufsrechten hat es gleiche Bewandniß[80]). Deshalb erklären Marcian und Ulpian[81]) den Pfandgläubiger, welcher beim Pfandverkaufe bedungen hat, daß ihm oder dem Verpfänder gegen Heimzahlung der Kaufsumme das Pfand zurückzunehmen gestattet sei, für verpflichtet, dem Verpfänder seine actio ex vendito gegen den Pfandkäufer abzutreten, ohne irgend anzudeuten, daß der Verpfänder als Cessionar lediglich direct im Namen des Pfandverkäufers, nicht auch utiliter im eignen Namen mit der Verkaufsklage gegen Heimzahlung des Kaufgelds die Rückgabe des Pfands vom Pfandkäufer erzwingen könne. Eben deshalb trägt Ulpian nicht einmal Bedenken, die vom Pfandgläubiger geschehene Uebergabe des verkauften Pfandes mit dem Bedinge, daß dasselbe gegen Heimzahlung des Preises dem Verpfänder zurückgegeben werde, als die Grundlage einer geschäftsführungsweise für den Verpfänder begründeten und durch fingirte Cession auf denselben übertragenen actio praescr. verb. zu betrachten, welche der Verpfänder ohne Weiteres utiliter im eignen Namen gegen Angebot der Kaufsumme auf Rückgabe des Pfandes gegen den Pfandkäufer anzustellen vermag[82]).

4. Die auf Restitution eines Erbschaftsfideicommisses gerichtete Klage, welche auch auf die Erben des Fideicommissars übergeht[83]), kann vom Cessionar utiliter im eignen Namen geltend gemacht werden, weil die Restitution, welche dem Cessionar wenngleich schließlich zu eignem Besten, so doch zuvor Namens des Cedenten geschieht und geschehen muß, die aus Activ- und Passivvermögen bestehende Erbschaft auf den Cedenten überträgt und nur das Activvermögen über dessen Person hinüber durch br. man. traditio der körperlichen Sachen und durch die mit der Abtretung der petitio fideicommissi verbunden zu denkende Abtretung der hereditariae actiones an den Cessionar gelangen läßt, ebendaher aber verhindert, aus der Unzulässigkeit der durch stipulatio zu bewirkenden Delegation[84]) auf

---

80) cf. l. 2 C. de pact. int. V. et E. (4. 54). — — 81) l. 7 pr. D. de distr. pign. (20. 5), l. 13 pr. D. de pignor. act. (13. 7). S. Th. I, S. 460 ff. Th. II, S. 102 ff. — — 82) Das Preuß. Landr. I, 11 §. 312. 316. 317. I, 20 §. 594 (freilich im Widerspruch mit dem Preuß. Provinzialr. IV, 7 Art. 4 §. 1) und das Oesterr. G. B. §. 1070. 1071. 1074 erklären Vorkaufs-, Wiederkaufs- und Rückverkaufsrechte für unabtretbar und unvererblich. Dagegen erkennt das ältere deutsche Recht die Abtretbarkeit dieser Rechte ohne Bedenken an. S. Platner in Zeitschr. für Rechtsgesch. IV, S. 159 ff. 165 f. — — 83) l. 25 pr., l. 44 pr., l. 46 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — 84) l. 59 §. 1 D. de jure dot. (23. 3). Mühlenbruch, Ceff. S. 289 ff. Koch a. a. O. S. 65 ff. cf. l. 4 D. de novat. (46. 2).

die Unzulässigkeit der Uebertragung durch Gewährung von utiles actiones zu schließen.

5. Die aus persönlichen Vorrechten entsprungenen Klagerechte können cedirt und vom Cessionar utiliter im eignen Namen geltend gemacht werden, wie sie vererblich und vom Erben im eignen Namen verfolgbar sind[85]; denn — sagt Puchta treffend[86] — daß der Anspruch aus einem unübertragbaren Beneficium oder Privilegium entstanden ist, schließt die Cession nicht aus, eben weil es nicht der Grund der Forderung ist, welcher cedirt wird, sondern die Forderung[87].

Namentlich ist das einmal entstandene Pfandrecht des Fiscus, obgleich es um der Person des Gläubigers willen der Forderung beigelegt ist, für cessibel erklärt, dergestalt, daß vom Cessionar in einer Anrede an denselben gesagt wird: privilegio ejus successisti et ejus locum consecutus es, und die Pfänder pignora tua genannt werden, was wohl nicht geschehen wäre, wenn man nicht an die vom Cessionar loco domini im eignen Namen geltend zu machende utilis hypothecaria actio gedacht hätte[88].

Ferner ist hinsichtlich des Restitutionsanspruchs des Minderjährigen nicht bloß im Allgemeinen die Cessibilität bezeugt[89], sondern sogar insofern besonders angedeutet, daß der Anspruch auch vom volljährigen Cessionar utiliter im eignen Namen verfolgt werden dürfe, als Papinian räth, diejenige Caution, welche der Schuldner wegen einer dem Procurator seines minderjährigen Gläubigers außergerichtlich geleisteten Zahlung sich stellen lasse[90], um gegen spätere Restitutionsansprüche gesichert zu sein, folgender Maßen zu fassen[91]:

Si ille (sc. minor) in integrum restitutus fuerit, heresve ejus, aut is, ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari.

---

[85]) l. 6 D. de in integr. rest. (4. 1), l. 18 §. 5, l. 19, l. 24 §. 2 D. de minor. (4. 4). l. un. C. si advers. dot. (2. 34). — — [86]) Rechtslexic. Bd. 2, S. 642 f. Mühlenbr., Ceff. S. 283 ff. — — [87]) Das Oesterr. G. B. §. 1397 scheint diesen Unterschied zu verkennen, indem es bestimmt: Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, können nicht abgetreten werden. — — [88]) l. 2 C. de his, qui in prior. cred. loc. (8. 19). S. Th. II, §. 36. cf. l. 7 C. de privil. fisci (7. 73). S. Th. I, S. 191. Th. II, S. 126 ff. l. 11 C. de fidejuss. (8. 41). S. Th. I, S. 191. — — [89]) l. 24 pr. D. de minor. (4. 4), l. 20 §. 1 D. tut. et rat. (27. 3), l. 25 D. de admin. et per. (26. 7). — — [90]) l. 10, l. 11, l. 12 pr. D. rat. rem. hab. (46. 8). — — [91]) l. 3 pr. D. rat. rem hab. (46. 8), Basil. IX, 11 c. 3 pr. (Heimb. I, p. 486). Glosse zu l. cit. Cujac. obs. XXIV, 28. ad lib. XII. Respons. Papin. (opp. III, p. 705. IV, p. 1348 sq.). Schlayer in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 9, S. 285 ff.

In der stipulatio ratam rem haberi pflegt nämlich neben dem Erben als Universalsuccessor [92]) unter demjenigen, den die Sache, um welche es sich handelt, sonst angeht [93]), der Singularsuccessor [94]), z. B. der Käufer [95]), verstanden zu werden [96]). Als die vom Prätor in integrum restituirte Person kann aber der Käufer nur dann gelten, wenn er den Restitutionsanspruch utiliter im eignen Namen ausführt und daher durch das Decret des Prätors in eigner Person, wie wenn er Herr des Anspruchs wäre, in den vorigen Stand eingesetzt wird; denn hätte er direct in des minderjährigen Cedenten Namen Restitution nachgesucht, so würde vielmehr der Minderjährige selbst restituirt [97]) und insofern die erste, nicht die dritte Clausel der Stipulation zur Anwendung gekommen sein.

6. Endlich ist kein Grund erfindlich, warum die gegen den Vater oder des Vaters Erben gerichtete actio de peculio, wie sie dem principaliter als Schuldner haftenden Sohne, nachdem er von der väterlichen Gewalt befreiet worden, cedirt werden kann [98]), nicht auch von demselben utiliter im eignen Namen sollte verfolgt werden dürfen. Die Formel:

> Si Titius, Numerii filius, dominus actionis esset, tum si pareret, Titium Numerii filium sibi Titio ipsum X dare oportere, judex Nm patrem Titio X duntaxat de peculio condemnato, s. n. p. a.

lautet nicht auffälliger, als die Formel in dem Falle lauten würde, wenn der principaliter als Schuldner haftende Sohn nach der Befreiung von väterlicher Gewalt den Gläubiger beerbt hätte und nun als Erbe des Gläubigers gegen den im Besitz des Sonderguts gebliebenen Vater oder Vaters Erben [99]) die actio de peculio annalis anstellte. Ueberdies haben sich die Römer sachgemäße Zwecke durch scheinbare Hindernisse der Form niemals vereiteln lassen [100]).

Es wird hiernach zur Genüge erhellen, daß wirklich die Voraussetzungen für des Cessionars utilis actio auf die angegebenen sich be-

---

[92]) l. 170 D. de V. S. (50. 16). — — [93]) l. 22 §. 7, l. 23 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 33 §. 3, l. 39 §. 1. 2 D. de procur. (3. 3). — — [94]) l. 8 §. 2 D. rat. rem. hab. (46. 8) . . . dominus venientesque ab eo personae. — — [95]) l. 16 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8). — — [96]) l. 70 §. 1 D. de V. S. (50. 16). Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 14, S. 55 not. 2. — — [97]) S. Th. I, S. 26 f. zu not. 5. 6. cf. Lex. tab. Bantin. I, c. 2 (Bruns. fontes p. 48) . . . cum, si ita pareat, condemnari populo, facitoque judicetur. — — [98]) l. 18 §. 5 D. fam. herc. (10. 2), l. 30 §. 3 D. de pecul. (15. 1). — — [99]) l. 9 §. 5 D. de pecul. (15. 1), l. 1 §. 4. 7 D. quando de pecul. (15. 2). — — [100]) S. Th. II, S. 106.

schränken und das der Grund ist, weshalb sich von den vielen Cessionshindernissen, welche nach den Angaben neuerer Rechtslehrer anzunehmen sein sollen[101], in den Rechtsbüchern nirgends auch nur eine leise Spur findet. Cocceji[102] wird gewiß von Mühlenbruch[103] mit Unrecht getadelt, weil er mit uns behauptet, daß alle Forderungen, deren Gegenstand irgend nur eine Schätzung nach Geldeswerth zuläßt, cedirt werden können, wofern nicht etwa in Folge gewisser nach der Natur der Sache oder nach gesetzlichen Bestimmungen mit der Person des Berechtigten unzertrennlich verknüpfter Verhältnisse und Eigenschaften die Erfüllung, ohne eine andere zu werden oder ihren Zweck zu verfehlen, nur dem Berechtigten selbst, nicht Namens desselben einem Anderen zu des Letzteren eignem Vortheil geschehen kann. Auch der Entwurf eines deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse macht von der allgemeinen Cessibilität der Forderungen nur eine Ausnahme hinsichtlich derjenigen Forderungen, deren Geltendmachung an die Person oder an eine besondere nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft ist[104].

Fünftes Kapitel.

Wirkungen der utilis actio.

Uebersicht des Folgenden.

Als Wirkungen der utilis actio lassen sich aufführen: §. 30.

I. Mit dem Entstehen der utilis actio geht das Klagerecht des Cedenten in das prätorische Eigenthum (quasi dominium) des Cessionars über.

II. Der Uebergang begreift nur das Klagerecht, nicht auch den Grund desselben, also weder bei persönlichen Klagen aus Contracten die Verpflichtungen des Cedenten, noch bei dinglichen Klagen das vom Klagerecht unterschiedene dingliche Recht.

---

101) S. z. B. Mathiae, Controversenlexic. I, S. 147 ff. — — 102) De cessione eorum, quae ad heredes non transeunt, et contra. (in Disput. Vol. II, nr. 65) Cap. IV, §. 1. 2. 5. 23 sq. — — 103) Cession S. 257. — — 104) Art. 325.

III. Inhalt der utilis actio ist die vom Cessionar zum Endzweck eignen Nutzens zunächst für den Cedenten in Empfang zu nehmende Leistung des vom Cessus geschuldeten Gegenstandes und im Fall unterbleibender Leistung das Interesse des Cessionars.

IV. Sachliche Privilegien nützen dem Cessionar immer; persönliche Privilegien des Cedenten nützen dem Cessionar nicht, weil derselbe nirgends im Namen des Cedenten handelt; persönliche Privilegien des Cessionars hingegen nützen demselben (wenngleich mit der Einschränkung, daß der Cessus durch deren Gebrauch nicht unverschuldet Nachtheil erleide), weil der Cessionar allenthalben im eignen Namen handelt.

V. Einwendungen aus der Person des Cedenten schaden dem Cessionar, sofern sie vor der Cession oder wenigstens bevor dieselbe gewiß und bekannt geworden, erwachsen sind, weil der Cessionar durch die Cession Forderungsnachfolger des Cedenten geworden ist; Einwendungen aus der Person des Cessionars schaden dem Cessionar unbedingt, weil derselbe als Forderungsnachfolger eignes Recht geltend macht.

VI. Widerklagen aus der Person des Cedenten kann der Cessionar ablehnen, weil er nicht als Vertreter des Cedenten klagt; Widerklagen aus der eignen Person muß der Cessionar übernehmen, weil er als Nachfolger des Cedenten klagend eignes Recht verfolgt.

I. Mit der utilis actio geht das Eigenthum des Klagerechts vom Cedenten auf den Cessionar über.

§. 31. Seit der auf eine justa causa gestützten Cession oder Quasicession behält der Cedent die Forderung nur formell nach Civilrecht als directa actio, verliert aber deren Inhalt nach prätorischem Recht an den Cessionar als utilis actio; mit anderen Worten ausgedrückt: der aus einer genügenden Veranlassung hervorgegangene wirkliche oder fingirte Klagauftrag überträgt das Eigenthum der Forderung, soweit der Prätor über dasselbe Macht besitzt, von der Person des Cedenten auf die Person des Cessionars [1]). Daraus ergeben sich

1. hinsichtlich des Cedenten

nachstehende Folgerungen:

Der Cedent, dem zu Gunsten des Cessionars das prätorische Eigenthum der Forderung entzogen ist, hat insoweit sammt der Nutzung die

---

1) S. Th. II, S. 171 ff. l. 13 pr. D. de legat. II (31). S. Th. II, §. 35.

Verfügung über die Forderung eingebüßt. Deshalb steht seinem etwaigen Versuche, die zum Besten der utilis actio des Cessionars ihres Inhalts entleerte directa actio deßungeachtet zu verwirklichen, von Seiten des Schuldners eine exceptio doli entgegen[2]), welche auch dann noch ihre Wirksamkeit zu äußern fortfährt, wenn der Cedent stirbt oder durch Widerruf die Cession (wirkliche oder fingirte) rückgängig zu machen trachtet, oder der Cessionar das Zeitliche segnet und die utilis actio seinen Erben hinterläßt[3]). Dieselbe exceptio schadet aber, weil Niemand mehr Recht zu übertragen vermag, als er hat[4]), auch demjenigen, welcher als Cessionar, Pfandgläubiger, Nutznießer ꝛc. später als der erste Cessionar, Forderungsnachfolger desselben Cedenten geworden ist und seine Rechte durch utiles actiones geltend zu machen strebt[5]), so daß die ope exceptionis eintretende Entkräftung der utilis actio des späteren Cessionars, Pfandgläubigers, Nutznießers ꝛc., wie die ope exceptionis eintretende Entkräftung der directa actio des Cedenten, der utilis actio des früheren Cessionars ihre Wirksamkeit sichert. Auch der Richter hat aus diesem Grunde unter zwei über die Klagberechtigung streitenden Cessionaren desselben Cedenten demjenigen den Vorzug zu geben, welcher früher als der Andere Cession (wirkliche oder fingirte) erlangt hat[6]). Ebenso, wenn statt zweier Cessionare Pfandgläubiger oder Nutznießer ꝛc. derselben unter einander oder mit dem jenseitigen Verpfänder, bezüglich Proprietar ꝛc., um die Klagbefugniß rechten[7]).

Diese Regel ist einleuchtend und im Allgemeinen von Theorie und Praxis gleichmäßig anerkannt[8]). Indeß soll sie nach Vieler Meinung eine Ausnahme erleiden, wenn die zweite Cession früher als die erste vom Cessionar und nach Manchen sogar nur vom Cedenten dem Schuldner angezeigt worden ist[9]). Allein diese vermeintliche Ausnahme löst sich genauer besehen in den einfachen Satz auf, daß die unverschuldete Unkenntniß des stattgehabten Gläubigerwechsels dem Schuldner keinen Nachtheil bringen darf[10]). Wie nämlich der Schuldner, falls

---

[2]) S. Th. II, S. 178 ff. — — [3]) S. Th. II, S. 254 ff. — — [4]) l. 54 D. de reg. jur. (50. 17). — — [5]) S. Th. II, S. 197 ff. — — [6]) S. Th. II, S. 178 ff. — — [7]) S. Th. II, §. 35. — — [8]) v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. Bd. 3, S. 134 Anm. 4. Mühlenbr., Ceff. S. 502. Puchta, Vorlesungen zu §. 283. Sintenis, Civilr. II, S. 821. Buchka, de pignore nominis p. 41. Entwurf eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 334. Seuffert, Arch. XI, Nr. 227. XIII, Nr. 246. — — [9]) Koch, Uebergang der Forderungsrechte S. 161 ff. Göschen, Vorlesungen II, §. 380. Sande, de actionum cessione XII, 8—10. Knorr im Arch. f. civ. Pr. Bd. 42, S. 312 ff. Bd. 46, S. 74 ff. Flach, Entscheidungen des O. A. G. zu Wiesbaden S. 141 ff. — Ebenso nach französischer Jurisprudenz. Marcadé und Mourlon, franzöſ. Civilr., übersetzt von Pfaff, Bd. 2, S. 323 ff. — — [10]) S. Th. II, S. 242 ff.

er in Unkunde der an B geschehenen Cession statt des Cessionars B dem Cedenten A Zahlung leistete, die utilis actio des seinerseits Zahlung fordernden Cessionars B durch exceptio doli zurückzuweisen vermag[11]), ebenso muß er folgerichtig im Stande sein, die utilis actio des seinerseits Zahlung fordernden Cessionars B durch exceptio doli zurückzuweisen, falls er in Unkunde dieser Cession dem später von demselben Cedenten A zum Cessionar, Forderungspfandgläubiger, Forderungsnutznießer ꝛc. bestellten C bezahlt hat[12]); denn die in dem einen wie in dem andern Falle statt des wahren Gläubigers einem falschen Gläubiger geleistete Zahlung soll nicht an sich gültig, sondern nur dem an der Irrung unschuldigen Zahler ungefährlich sein, mithin den Zahler nicht schlechthin vom Cessionar B befreien, vielmehr für den Zahler die condictio indebiti gegen den unrechten Empfänger begründen, zugleich aber den Zahler vermittelst der exceptio doli ermächtigen, den schlechthin nach wie vor zur utilis actio berechtigten Cessionar B wegen unterlassener Anzeige der Cession aus Gründen der Billigkeit statt der Zahlung mit der Cession der condictio indebiti abzufinden[13]).

Der Gläubigerwechsel ist also nichtsdestoweniger mit der Cession (wirklicher oder fingirter) unmittelbar eingetreten und nicht erst mit der Benachrichtigung des Schuldners von der geschehenen Cession zur Vollendung gediehen; mit anderen Worten: das Forderungseigenthum ist, soweit es überhaupt übergehen kann, durch die Cession ohne Weiteres auf den Cessionar B übergegangen, einerlei ob der Schuldner sofort oder erst später von diesem Uebergange Kunde erhalten hat. Die einmal abgetretene Forderung ist daher ohne Rücksicht auf Wissen oder Nichtwissen des Schuldners dem Verfügungsrechte des Cedenten durchaus entzogen, kann namentlich auch schon vor der certioratio des Cessus nicht mehr gültig an Andere abgetreten, verpfändet, zum Nießbrauch bestellt, nicht mehr gültig auf den Namen des Cedenten mit Arrest belegt, zum Gegenstande der Execution gemacht, im Fall des Concurses zur Masse gezogen werden u. s. w.[14]). Auch wenn über

---

11) S. Th. II, S. 245 ff. — — 12) S. Th. II, S. 249 u. 236. — — 13) S. Th. II, S. 249 u. 237 ff. Der Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 335 läßt den Schuldner, welcher nach giltig erfolgter Veräußerung der Forderung an den Veräußerer zahlt, hierdurch von seiner Verbindlichkeit befreit werden, wenn er von der erfolgten Veräußerung zur Zeit der Zahlung noch keine zuverlässige Kunde hatte. Ob die Befreiung schlechthin, oder nur unter der Voraussetzung, daß der Schuldner zur Abtretung der condictio indebiti bereit ist, ope exceptionis wirke, ist nicht gesagt. Der Wortlaut spricht für das erstere; die Billigkeit und die Consequenz des Art. 324 für das letztere. — — 14) Stryk, Usus modern. XVIII, 4 §. 51. Lenz, de nominibus et actionibus cessis c. 30 nr. 15. Lauterbach, Compend. jur. XVIII, 4 p. 338. Bähr a. a. O. S. 395 f. 415 f.

die Klagberechtigung zwischen dem früheren Cessionar und dem späteren Cessionar, Forderungspfandgläubiger, Forderungsnutznießer des Cedenten oder demjenigen, welcher später in der Person des Cedenten die Forderung zum Gegenstande des Arrestes, der Hülfsvollstreckung, der concursmäßigen Befriedigung ausersehen hat u. s. w., Streit entsteht, muß die Entscheidung zu Gunsten des früheren Cessionars ausfallen, mag dieser oder sein Gegner dem Schuldner früher Anzeige gemacht haben [15].

Wie aber, wenn das Forderungseigenthum nur bedingt dem Cessionar B übertragen ist? In diesem nach römischem Rechte bei der wirklichen Cession stets eintretenden Falle [16] ist das Recht, die Forderung zu nutzen und über dieselbe zu verfügen, bis zur Entscheidung in der Schwebe. Während der Schwebe hat jedoch der Cedent das Recht, die Forderung zum Besten des eventuell als solchen sich herausstellenden Gläubigers einstweilen auszuüben [17], so daß der Schuldner, welcher inzwischen dem Cedenten zahlt, selbst für den Fall, daß die spätere Entscheidung dem Cedenten ungünstig ist, den mit der utilis actio abermalige Zahlung fordernden Cessionar durch doli exceptio zurückzuweisen vermag, sofern er sich nur zur Cession der wider den Cedenten erworbenen condictio indebiti erbietet [18]. Die denunciatio und ähnliche Handlungen des Cessionars, welche bei einer in das freie Belieben des Cessionars gestellten Bedingung den zu Gunsten des Cessionars erfolgten Eintritt der Bedingung offenbaren [19], enthalten also nicht die Vollendung eines durch die Cession bloß eingeleiteten Uebergangs des Forderungseigenthums, sondern setzen nur nachträglich in Gewißheit, daß das Forderungseigenthum wirklich schon seit der Cession auf den Cessionar übergegangen sei. Wie gewiß daher der Cessionar unter den angegebenen Voraussetzungen genöthigt ist, statt der Zahlung mit der condictio indebiti zufrieden zu sein [20], so gewiß befindet sich der Cedent nichtsdestoweniger außer Stande, anders als für den Fall des Nichteintritts der Bedingung über die Forderung mit Rechtsbestand zu verfügen; denn für den umgekehrten Fall des Eintritts der Bedingung würde nicht der vom Cedenten nach dem ersten Cessionar B als Cessionar, Pfandgläubiger oder Nutznießer ꝛc. bestellte C, sondern der erste Cessionar A als der rechte Gläubiger zu betrachten sein, welcher ebendaher auch nach Eintritt der Bedingung in dem über die Klagberechtigung mit C entbrannten Streite dem C unbedingt vorzuziehen ist.

Die entgegengesetzte Ansicht, welche hie und da in Theorie und

---

15) S. Th. II, §. 35 Nr. 2. — — 16) S. Th. II, S. 201 ff. — — 17) S. Th. II, S. 207 ff. — — 18) S. Th. II, S. 208 ff. — — 19) S. Th. II, S. 227 ff. — — 20) S. Th. II, S. 236 ff.

Praxis Vertheidiger gefunden hat, beruhet auf einem mangelhaften Verständniß vom Wesen und Zweck der denunciatio, bedarf aber ebendeshalb, nachdem darüber von uns schon oben ausführliche Erörterungen geliefert sind, hier keiner besonderen Widerlegung. Es ist vielmehr ohne Weiteres als vollständig erwiesen anzunehmen, daß der Cedent mit der Cession (wirklichen oder fingirten) unmittelbar das prätorische Forderungseigenthum verliert. Schon daraus folgt der noch anderweit zu führende Beweis, daß

2. der Cessionar

unmittelbar mit der Cession (wirklichen oder fingirten) das prätorische Eigenthum der Forderung gewinnt.

In der That bildet die utiliter im eignen Namen geltend zu machende Forderung seit der Cession dauernd und unwiderruflich in den Händen des Cessionars einen Vermögenstheil, welchen er als Eigenthümer zu nutzen und zu veräußern im Stande ist[21]). Wird doch durch die Rechtsbücher außer den früher erwähnten Eigenschaften, daß die utilis actio dem Tode und der Willensänderung des Cedenten trotze und nach des Cessionars Tode an dessen Erben falle[22]), ferner ausdrücklich bezeugt, daß der Cessionar die utilis actio durch Zahlungsannahme und Aufrechnung mit eignen Schulden tilgen, durch Nachlaßvertrag aufheben, durch procuratores in rem alienam und selbst in rem suam einklagen lassen könne.

a. Das auf der utilis actio beruhende Recht des Cessionars, schon vor der litiscontestatio Zahlung anzunehmen, folgt nicht nur daraus, daß es cuilibet successori zusteht[23]), sondern wird auch in einer Menge von Stellen stillschweigend vorausgesetzt und an einigen Orten sogar von Paulus und Gordianus besonders hervorgehoben, indem jener dem Cessionar, welcher in dem Bemühen, das Geld einzuziehen, mit dem Cedenten zusammentrifft, vermöge seiner utilis actio den Vorzug ertheilt[24]), und dieser ebenso den Cedenten von der gerichtlichen Einziehung ausschließt, sobald der Cessionar auch nur einen Theil der Schuld außergerichtlich eingehoben hat[25]).

b. Des vermöge der utilis actio dem Cessionar und gegen den Cessionar zustehenden Rechts der Compensation gedenkt unter anderem[26])

---

[21]) l. 63, l. 72 §. 2 D. de jure dot. (23. 2). S. Th. I, S. 414 zu not. 48. Mühlenbr., Ceff. S. 491. — — [22]) S. Th. II, S. 254 ff. — — [23]) l. 49 D. de solut. (46. 3). — — [24]) l. 55 D. de procur. (3. 3). S. Th. II, S. 259 ff. — — [25]) l. 3 C. de novat. (8. 42). S. Th. II, S. 211 ff. — — [26]) l. 95 §. 8 D. de solut. (46. 3). S. Th. I, S. 473 ff. D. H. G. B. Art. 121.

theils Ulpian, da er dem wahren Erben als Erbschaftskläger zur Pflicht macht, die vom gutgläubigen Erbschaftsbesitzer bereits bezahlten Erbschaftsgläubiger, welche der condictio indebiti des Erbschaftsbesitzers unterworfen sind[27]) und daher ihr Klagerecht gegen den Erbschaftskläger an sich nicht verloren haben, nicht durch abermalige Zahlung, sondern durch Compensation der durch fingirte Cession des Erbschaftsbesitzers als utilis actio erworbenen condictio indebiti zu befriedigen, um auf diese Weise dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer den mißlicheren Weg der Rückforderung des irrthümlich Gezahlten gegen die Erbschaftsgläubiger zu ersparen[28]); theils der Kaiser Antoninus Caracalla, da er seinerseits den vom gutgläubigen Erbschaftsbesitzer bezahlten Erbschaftsgläubigern gestattet, die vom Erbschaftsbesitzer angestellte directa indebiti condictio mit Hinweisung auf die dem Erbschaftskläger als wahren Erben durch fingirte Cession zu Theil gewordene utilis condictio und das ihnen zustehende Recht, mit dieser utilis condictio ihre hereditariae actiones aufzurechnen, durch exceptio doli zurückzuweisen[29]).

Mit diesen Grundsätzen steht durchaus nicht in Widerspruch, weder daß der Cessionar auch das bereits in judicium deducirte Klagerecht, mag er utiliter im eignen oder direct im fremden Namen geklagt haben, zur Compensation bringen kann[30]), noch daß derjenige, welcher so wenig durch wirkliche als durch fingirte Cession Inhaber einer utilis actio geworden ist, die Forderung eines Anderen selbst dann nicht zur Compensation gebrauchen darf, wenn dieser damit einverstanden ist[31]); denn die bloße Einwilligung zur Compensation, welche kein weiteres Verfügungsrecht überträgt, namentlich dem Einwilligungsempfänger nicht gestattet, im Fall zurückgewiesener Compensation die Forderung selbständig durch Klage zu verfolgen, steht keineswegs in ihren Wirkungen einem stillschweigenden Klagauftrage gleich, und doch würde ein solcher zur Ermöglichung der Compensation unerläßlich sein, so lange die Regel gilt: qui utitur compensatione deductioneve, petere videtur[32]).

c. Das Recht des Cessionars, kraft seiner utilis actio dem

---

27) l. 19 §. 1, l. 65 §. ult. D. de condict. indeb. (12. 6), l. 17, l. 38 §. 2, l. 94 pr. §. 1 D. de solut. (46. 3), l. 5 C. de condict. indeb. (12. 6). — — 28) l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3). S. Th. I, S. 472 f. — — 29) l. 5 C. de her. pet. (3. 31). S. Th. I, S. 474 ff. — — 30) l. 18 pr. D. de compens. (16. 2). S. Th. II, S. 21 ff. — — 31) l. 18 §. 1 D. de compensat. (16. 2). S. Th. II, S. 110 ff. Dernburg, Compensat. S. 375 ff. A. M. ist Bähr a. a. O. S. 377, jedoch nach röm. Rechte ohne Grund. Vergl. indeß unten §. 39 zu Nr. I. — — 32) l. 23 D. rat. rem haberi (46. 8).

Schuldner auf eine auch den Cedenten bindende Weise durch pacta de non petendo die Schuld zu erlassen, erhellt zunächst aus nachstehender Stelle:

Paulus lib. 3 ad Edictum[33]).

Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur, et ideo servandum erit pactum conventum.

Die aus dem pactum de non petendo entspringende Obligation enthält nichts anderes, als die Verpflichtung des Gläubigers, auf die Ausübung des Klagerechts, sobald er in die Lage kommt, davon Gebrauch zu machen, auf Verlangen des Gegners Verzicht zu leisten[34]). Diese Verpflichtung kann nur derjenige übernehmen, der ein eignes Klagerecht hat, über welches ihm freie Verfügung zusteht. Die im vorstehenden Fragmente des Paulus und übereinstimmend in zwei früher abgedruckten Fragmenten des Ulpianus[35]) und Marcianus[36]) enthaltenen Entscheidungen begreifen sich danach sehr leicht.

Paulus führt die Gültigkeit des vom procurator in rem suam geschlossenen pactum de non petendo ausdrücklich darauf zurück, daß der procurator in rem suam loco domini gehalten werde, d. h. utiliter im eignen Namen zu klagen vermöge, wie an sich klar ist und dem letzten Zweifel enthoben wird durch die Basilikenscholie, welche hinzufügt, daß der procurator in rem suam nicht immer dem dominus ähnlich sei, nämlich dann nicht, wenn er procuratorio nomine klage, indem er unter dieser Voraussetzung z. B. den dominus gegen Widerklagen zu vertheidigen und als Vertheidiger gleich jedem anderen Procurator für den Vollzug des Urtheils (judicatum solvi) zu caviren habe[37]).

Ulpian läßt das vom Erbschaftskäufer mit Erbschaftsschuldnern geschlossene pactum auch gegen den Erbschaftsverkäufer durch eine exceptio doli wirksam werden, nachdem oder — wie die Basilikenscholie erklärt[38]) — weil der Erbschaftskäufer durch Kaiser Antonin den Frommen kraft fingirter Cession utiles actiones erhalten habe und in dem pactum kein zu Gunsten des Erbschaftsverkäufers erklärter Klagverzicht zu finden sei[39]).

---

[33]) l. 13 §. 1 D. de pact. (2. 14). S. Th. I, S. 8. — — [34]) l. 27 §. 2 D. de pact. (2. 14). S. Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde S. 38 ff. — — [35]) l. 16 pr. D. de pact. (2. 14). S. Th. II, S. 180 f. — — [36]) l. 8 §. 2 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. Th. II, S. 218 u. 111. — — [37]) Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 13 (Heimb. I, p. 583 sq.). S. Th. II, §. 38 a. E. — — [38]) Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 16 (Heimb. I, p. 585). — — [39]) S. Th. II, S. 180 u. 111.

Marcian giebt dem auf Seiten des Schuldners bestellten procurator in rem suam, zwar ohne daß derselbe wider Willen einer utilis actio im eignen Namen unterworfen ist[40]), das Recht, durch pactum de non petendo auch den dominus zu befreien, jedoch nur, weil selbst der procurator in rem alienam die durch solches pactum begründeten Rechte dem dominus zu verschaffen im Stande ist[41]). Der auf Seiten des Gläubigers bestellte procurator in rem suam soll aber nur insofern gültig paciscireu, als er sich (sibi) und nicht dem dominus die hypothekarische Klage unwirksam macht, d. h. die ihm selbst zustehende utilis actio, nicht die zum Vermögen des Cedenten gehörige directa actio aufgiebt. Durch das Beifügen: nur in diesem Falle (hoc casu) schade die Einrede aus dem Vertrage auch dem Cedenten, macht Marcian noch einmal darauf aufmerksam, daß z. B. der ex causa donationis bestellte procurator in rem suam, welcher der utilis actio suo nomine entbehrte und deshalb nicht sich, sondern nur dem Schenker eine Klage zu entkräften hatte, den Cedenten durch sein pactum de non petendo nicht verpflichtete.

Ob aus den Worten: hanc exceptionem gefolgert werden dürfe, daß die zunächst in Form der doli exceptio gegen den Cedenten zur Geltung zu bringende Einrede auch in factum concipirt werden könne, so zwar, daß sie dann auf den vom procurator in rem suam zum Erlaß seiner utilis actio geschlossenen Vertrag zu richten sei, mag dahin gestellt bleiben, da es im Wesen der exceptio nichts ändern würde. Indeß scheint dieser Annahme nicht das mindeste Bedenken entgegenzustehen, da auch sonst wohl der aus der Person des Klägers zu begründenden exceptio doli die derselben zu Grunde liegende Thatsache aus der Person eines Anderen als exceptio in factum concepta substituirt wird[42]).

d. Daß der durch wirkliche oder fingirte Cession mit utiles actiones suo nomine versehene Cessionar für diese Klagen procuratores ad agendum, und zwar wie in rem alienam so auch in rem suam,

---

[40]) l. 29 D. de procur. (3. 3). Interpr. Visig. zu l. 1 C. Th. de cognitor. (2. 12). S. Th. I, S. 393 ff. — — [41]) l. 8 §. 2 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 10 §. 2, l. 11, l. 12, l. 14, l. 15 D. de pact. (2. 14), l. 50 D. de procur. (3. 3). Schol. 11 zu Basil. XI, 1 c. 10 §. 2 (Heimb. I, p. 382). — — [42]) Schol. 1 zu Basil. XIV, 1 c. 29 (Heimb. II, p. 113): Doli quidem exceptionem ex sua persona objicit, nec vero non numeratae pecuniae: neque enim dicere potest: at nisi pecunia numerata mihi non sit, nam non numeranda ei erat. Ex persona autem debitoris non numeratae pecuniae exceptione uti potest: omnis enim exceptio, quae reo competit, ut plurimum et fidejussoribus ejus competit.

bestellen könne[43]), erhellt zuvörderst aus der Verordnung Justinian's, worin fortan dem ex titulo donationis, wie von jeher dem ex titulo emtionis ernannten procurator in rem suam utiles actiones suo nomine gegeben werden, damit auf diese Weise die demselben cedirten Klagen nicht bloß vererblich, sondern auch durch einen Procurator durchführbar seien, licet nulla litiscontestatio facta vel petita sit[44]).

Bestätigend schreibt dann auch die Westgothische Erklärung zum Codex Theodosianus[45]):

Et si in rem suam quis factus sit dominus et procurator, et procuratorem ipse pro sua utilitate jam fecerit, similiter exitus rei judicatae dominum respiciet, non actorem.

Der Ausdruck in rem suam dominus et procurator bezeichnet hier wie in anderen Stellen[46]) einen Cessionar, welcher nicht bloß als procurator direct alieno nomine, sondern auch als dominus utiliter suo nomine zu eignem Vortheil zu klagen befugt ist. Ein solcher Cessionar soll ipse pro sua utilitate, also sofern er von der ihm im eignen Namen gebührenden utilis actio Gebrauch macht[47]), zur Durchführung der Klage einen procurator ernennen dürfen, der dann hier, wie überall, ein auf seine Person gestelltes Urtheil erwirkt, aus welchem die judicati actio direct dem Procurator zusteht, jedoch diesem vom Prätor versagt und kraft fingirter Cession utiliter dem dominus gegeben wird[48]), was Anianus in Betreff der utilis actio des Cessionars so ausdrückt: exitus rei judicatae ad dominum (den Cessionar) respicit, non ad actorem (den Procurator). Dieser Satz gilt aber nur vom einfachen Proceßprocurator, welchen der Cessionar zu seinem Nutzen ernannt hat, im Gegensatz des stillschweigend gleichfalls für zulässig erklärten Procurators, welcher zu des Procurators eignem Nutzen (in rem suam) bestellt ist und bekanntlich auch, wenn er direct in des Cedenten Namen geklagt hat, die directa judicati actio ungeschwächt behält[49]).

Ferner gestattet Ulpian nicht nur dem curator bonorum, die ihm durch fingirte Cession gegebenen utiles actiones durch Procuratoren, welche für die Genehmigung des Curators haften, zu betreiben[50]),

---

[43]) cf. Lauterbach, de procuratore substituto c. III, §. 6. — — [44]) l. 33 C. de donat. (8. 54). S. Th. II, S. 111 ff. — — [45]) Interpr. ad l. 7 C. Th. de cognitor. (2. 12), cf. c. 1 §. 1 in VIto de procur. (1. 19). — — [46]) S. Th. I, S. 9 not. 27. 28. — — [47]) l. 17 §. 10 D. de injur. (47. 10), l. 8 C. de procur. (2. 13). S. Th. I, S. 4 not. 24. — — [48]) S. Th. I, S. 433 f. — — [49]) S. Th. II, S. 11. 13. — — [50]) l. 2 §. 1 D. de curat. bon. dando (42. 7). S. Th. I, S. 188.

sondern auch dem durch einen Proceßprocurator vertretenen Kläger die ihm aus dessen Proceßführung oder stipulatio judicatum solvi mittelst fingirter Cession zu Theil gewordenen utiles actiones durch einen Procurator, ja selbst durch den zu dem Zwecke auf's Neue bestellten früheren Procurator geltend zu machen[51]).

Endlich bekundet Paulus das ganz ähnliche Verhältniß, daß diejenige utilis actio, welche eine Stadt aus einer von ihrem actor geschlossenen Stipulation durch fingirte Cession erworben hat, durch den Administrator der Stadt im Namen der Letzteren angestellt werden könne[52]).

Stellen, welche geradezu erklärten, daß für die utilis actio suo nomine vom Cessionar auch procuratores in rem suam mit der Fähigkeit, ihrerseits wieder nach Belieben direct alieno nomine oder utiliter suo nomine zu klagen[53]), ernannt werden könnten, sind mir nicht bekannt. Jedoch ist beides mit gleicher Gewißheit indirect zu folgern, weil Pomponius dem mit der hereditatis petitio klagenden Erbschaftsverkäufer vom Erbschaftsbesitzer Klagen cediren läßt, ohne daran zu zweifeln, daß die cedirten Klagen vom Erbschaftsverkäufer auf den Erbschaftskäufer weiter übertragbar seien[54]); weil ferner besonders bezeugt ist, daß eine durch Auskauf, also mittelst fingirter Cession, als utilis actio erworbene Pfandklage einem zweiten Auskäufer, also abermals mittelst fingirter Cession als utilis actio weiter übermacht werden könne[55]); weil endlich auch das Bruchstück Modestin's[56]), wonach der in die Forderung eines Privatmanns succedirte Fiscus diese Forderung weiter cedirt hat, insofern hierher zu ziehen ist, als man in der Erwerbsart des Fiscus eine durch Cession begründete Singularsuccession erblickt, was indeß bloß zulässig, nicht nothwendig zu sein scheint. Allein selbst ohne diese Beweisstellen würde weder das Bedürfniß, cedirt erhaltene Klagen weiter zu cediren, noch die Nothwendigkeit, zu diesem Zwecke nicht die untaugliche directa actio des Cedenten, sondern die vollkommen geeignete utilis actio des Cessionars zu gebrauchen, in Abrede gestellt werden können.

Nur ist zu bemerken, daß natürlich der Endzweck der utilis actio beim zweiten Cessionar nicht weiter reichen darf, als er beim ersten Ces-

---

51) l. 28 D. de procur. (3. 3): . . . nec procurator ad eam rem factus. cf. l. 42 §. 3. 4 D. eod. — — 52) l. 10 D. quod cujusq. univ. nom. (3. 4), cf. l. 3 D. eod. S. Th. I, S. 393 not. 13. — — 53) arg. l. 1 §. 8 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — 54) l. 61 D. de admin. et peric. tut. (26. 7). — — 55) l. 2, l. 3 §. 1, l. 5 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5). S. Th. I, S. 236 ff. 291 ff. 241 ff. — — 56) l. 43 D. de usur. (22. 1). S. Th. II, S. 130 ff.

sionar gereicht haben würde, eben weil Niemand mehr Rechte abtreten kann, als er hat[57]). Sollte also z. B. der Pächter eines Landguts vom Verpächter die reivindicatio eines mitverpachteten, aber in fremdem Besitze befindlichen Ackers cedirt erhalten haben, um sich mittelst derselben zur Ermöglichung der Pachtnutzung die Detention zu verschaffen, so würde der Pächter durch weitere Cession der reivindicatio, etwa an den Afterpächter, zwar bewirken können, daß der zweite Cessionar zur Ermöglichung der Afterpachtnutzung mittelst der im eignen Namen angestellten utilis reivindicatio sich ebenfalls Detention verschaffe, nicht aber, daß derselbe vom ersten Cedenten anzuerkennenden Besitz oder gar Eigenthum erwerbe[58]).

Der hierdurch gegen jeden Zweifel befestigte Satz, daß das cedirte Recht als utilis actio einen dauernden Bestandtheil des dem Cessionar zugehörigen Vermögens ausmache, führt selbstredend zu dem Schlusse: der Cessionar sei mit Ausnahme der ihm aus besonderen Gründen unmöglichen acceptilatio[59]) nicht bloß zu dem oberwähnten, sondern auch zu allen anderen Arten der Verfügung über die Forderung im Stande; könne die Forderung z. B. wie cediren, so auch zu Pfand oder Nießbrauch geben[60]), wie durch pactum de non petendo erlassen, so auch durch Vergleich oder Novation aufheben[61]), wie durch angenommene Zahlung tilgen, so auch in jure durch einen dem Cessus angetragenen Eid in Frage stellen oder durch einen vom Cessus zugeschobenen Eid außer Streit bringen[62]).

In Betreff der Befugniß zum Eidesantrage heißt es namentlich bei

Paulus lib. 18 ad Edictum[63]):

Procurator quoque, quod detulit (sc. jusjurandum), ratum habendum est: scilicet, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum est, aut si in rem suam procurator sit.

Das bloße mandatum agendi berechtigt den Namens des Mandanten auftretenden Procurator zum Gebrauche der Eideszuschiebung vor der litiscontestatio überall nicht[64]), und giebt dieses Recht

---

57) l. 54 D. de reg. jur. (50. 17). — — 58) S. Th. II, §. 34 B. — — 59) l. 19 D. de her. vel act. (18. 4). S. Th. II, §. 34 A. — — 60) arg. l. 16 §. 3 D. de pignorat. act. (13. 7) . . . quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. — — 61) cf. l. 17 D. de transact. (2. 15). S. Th. II, S. 244 ff. — — 62) cf. l. 17 §. 2, l. 21, l. 35 §. 1 D. de jurejur. (12. 2). Schol. 1 zu Basil. XXII, 5 c. 19 (Heimb. II, p. 546). — — 63) l. 17 §. 3 D. de jurejur. (12. 2). — — 64) S. Th. II, S. 112. Schol. 6 zu Basil.

nach der litiscontestatio nur dem procurator in rem suam, weil die lis zugleich formell und materiell dessen eigne geworden ist, versagt dasselbe hingegen dem procurator in rem alienam, weil dieser nicht materiell, sondern bloß formell eignes Klagrecht erhalten hat[65]; alles dieses aus dem einfachen Grunde: cum ipse quis judicem adversarium de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum[66]. Die von Paulus deßungeachtet dem procurator in rem suam unbeschränkt, mithin auch für die Zeit vor der litiscontestatio zugeschriebene Befugniß zur Eideszuschiebung kann also, was die Verhandlung in jure betrifft, nur auf dessen utilis actio beruhen, vermöge deren er schon für diese Zeit im Stande ist, in Ansehung der Forderung als suae rei moderator atque arbiter[67]) sich zu bethätigen. Aus diesem Grunde ist vermuthlich ursprünglich von Paulus die erst von den Compilatoren bei Zerreißung der Stelle hinweggelassene Voraussetzung beigefügt gewesen, daß der procurator in rem suam als in eigner Sache klagend oder, nach dem noch heute stehen gebliebenen Ausdrucke der Basiliken[68], als ὁ ἐν ἰδίῳ πράγματι ἀγωνιζόμενος (zu übersetzen in propria causa agens)[69] aufgetreten sei; mit anderen Worten, die Voraussetzung, daß der procurator in rem suam vor dem Prätor den Eid dahin antrage, daß der Gegner ihm, dem Cessionar, nicht aber dahin, daß der Gegner dem Cedenten 100 Thaler zu zahlen nicht schuldig sei. Für die Zeit nach der litiscontestatio machte sich alles von selbst, da nun der Eid das Urtheil nicht mehr ersetzte, sondern nur über Thatsachen geschworen wurde und deshalb keine Unterscheidung erforderte zwischen dem direct in des Cedenten Namen klagenden Cessionar, welcher durch die litiscontestatio, und zwischen dem im eignen Namen klagenden Cessionar, welcher schon durch die Cession Herr des Klagerechts geworden war. In Betreff des nach der litiscontestatio zur Hand genommenen Schiedseids gelten daher für den utiliter suo nomine klagenden Cessionar ganz dieselben Regeln, welche oben für den direct im Namen des Cedenten klagenden Cessionar aufgestellt worden sind[70]. Aus diesen Regeln folgt analog hinsichtlich des utiliter suo nomine klagenden Cessionars für die Verhandlung vor der litiscontestatio in

---

XXII, 5 c. 17 §. 3 (Heimb. II, p. 545): ὁ δὲ ἐνταλθεὶς κινῆσαι οὐδαμῶς ἐπάγει ὅρκον. Is autem, cui mandatum est, ut agat, minime defert jusjurandum. — — [65]) S. Th. II, S. 16 ff. l. 8 §. 1 D. qui satisdare cog. (2. 8). — — [66]) l. 1 pr. D. quar. rer. actio (44. 5). — — [67]) l. 21 C. mand. (4. 35). — — [68]) Basil. XXII, 5 c. 17 §. 3 (Heimb. II, p. 544). — — [69]) Basil. VIII, 2 c. 39 §. 1 mit Schol. (Heimb. I, p. 375). S. Th. II, §. 38. — — [70]) S. Th. II, S. 16 ff.

jure, daß mit verpflichtender Wirkung nicht bloß der Cessionar dem Cessus den Eid zuschieben, sondern auch der Cessus dem Cessionar den Eid zurückschieben oder selbst aus freien Stücken zuschieben kann; denn in beiden Fällen gilt gleichmäßig vom Cessionar die Regel, daß derjenige, welcher klagt, selbst als Nachfolger des ursprünglich Berechtigten seiner Sache gewiß sein muß [71]) und sich nicht gleich demjenigen, welcher als Nachfolger eines Anderen verklagt wird, mit der Ausflucht der Unwissenheit entschuldigen darf [72]). Ebenso unzweifelhaft ist dann aber auch, daß der Verklagte nicht verlangen kann, anstatt des Cessionars dem Cedenten den Eidesantrag machen zu dürfen, da der Cedent den fremden Ansprüchen des Cessionars in keiner Weise mehr zu präjudiciren vermag, und die hie und da wohl für die entgegengesetzte Ansicht angeführte l. 1 § 3 D. quar. rer. actio (44. 5) von einer nur mit beiderseitiger Zustimmung, also vergleichsweise auf den Eid des auctor verstellten Streiterledigung zu verstehen ist [73]).

Diesen Wirkungen der utilis actio entspricht endlich die schon früher [74]) hervorgehobene Bezeichnung des Rechtsverhältnisses als einer Succession des Cessionars in das Klagerecht des Cedenten, denn das Klagerecht des Cedenten ist, wenn auch nicht der Form, so doch dem Inhalte nach vollständig und unverändert auf den Cessionar übergegangen, der Cessionar also insofern in der That als prätorischer Singularsuccessor des Cedenten zu betrachten.

In Folge dessen nützen dem Cessionar nicht bloß solche Acte des Cedenten, durch welche dieser sein Recht wider den Cessus begründete, sondern überdies alles dasjenige, was der Cedent unternahm, um sich den Beweis seines begründeten Rechts zu sichern. Namentlich kommen Geständnisse und Anerkenntnisse, welche der Schuldner mündlich oder schriftlich zum Zwecke eines gegen sich zu schaffenden Beweismittels dem Cedenten ablegte, in gleicher Maße dem Cessionar zu Gute, so daß z. B. der Cessus den dem Cedenten ausgestellten Schuldschein nicht minder dem Cessionar als dem Cedenten gegenüber anzuerkennen oder eidlich abzuleugnen verpflichtet ist, und daß dem Cessionar — falls dieser nur zugleich seine Activlegitimation gehörig liquide zu machen im Stande ist — wie dem Cedenten das Recht zusteht, aus dem cedirten Schuldscheine den Executivproceß, wie aus dem cedir-

---

[71]) l. 42 D. de reg. jur. (50. 17). — — [72]) Pauli sent. rec. II, 1 §. 4. cf. Interpret. Visigoth. ad h. l. — — [73]) S. Th. II, S. 16 ff. A. M. Mühlenbr., Cession §. 60, S. 600 f. Seuffert, Arch. II, Nr. 337. — Vergl. Entw. e. d. C. P. O. §. 406. — — [74]) S. Th. II, S. 173 ff.

ten Wechsel[75]) den Wechselproceß[76]) gegen den Schuldner anzustellen[77]).

II. Die Cession überträgt das Klagerecht, nicht den Grund desselben.

Die Cession, welche den Cessionar als Forderungsnachfolger utiliter im eignen Namen zu klagen berechtigt, macht den Cessionar zum dominus actionis[1]). Was dominus bedeute, hat uns der vorige Paragraph gelehrt. Wir fragen jetzt: Was ist die actio, deren dominus der Cessionar werden soll? Die Institutionen antworten[2]): Actio nihil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod sibi debetur. Ein jus judicio persequendi, quod sibi debetur ist mit dem Dasein des persönlichen Rechts sofort gegeben, nicht aber mit dem Dasein des dinglichen. Hier wird außer dem Rechte eine Verletzung desselben erfordert, um die abstracte Möglichkeit, gegen Nichtachtung klagend zu reagiren, in die wirkliche Befugniß zur gerichtlichen Verfolgung schuldiger Leistungen zu verwandeln[3]). Nur die concret begründete in rem actio ist also neben der mit dem persönlichen Recht ohne Weiteres vorhandenen in personam actio in Justinian's Definition enthalten. Als das jus, quod sibi debetur, judicio persequendi umfaßt nun zwar die utilis actio des Cessionars alle Erweiterungen und Entwickelungen, welche das Klagerecht des Cedenten bis zur Cession durch dolus, culpa, mora des Gegners sogar auf Grund persönlicher Vorrechte des Cedenten, z. B. nicht bloß durch Mahnung, sondern auch in Folge des etwaigen Vorrechts des Cedenten, den Schuldner ohne Mahnung in Verzug zu versetzen[4]), erhalten hat, ist aber deßungeachtet durchaus verschieden von dem Rechtsverhältnisse, dem die actio des §. 32.

---

[75]) Ueber Cession von Wechselforderungen s. A. D. W. O. Art. 16. Borchardt, A. D. W. O. S. 77 ff. 95 f. Zeitschr. für Braunschw. Rechtspfl. Bd. 4, S. 138. Seuffert, Arch. XIV, Nr. 158. 159. XVII, Nr. 70. 140. — — [76]) Borchardt a. a. O. S. 78. Arch. f. Wechselr. Bd. 6, S. 427. Bd. 10, S. 221. 379. Bd. 11, S. 284. Löhr, Centralorgan f. H. u. W. R. N. F. Bd. 1, S. 140 ff. not. 1. — — [77]) Gett, Executivproc. S. 56 f. 72 f. 148.

[1]) cf. Symmach. epist. X, 52 . . . bona causa, cujus actio in jus alterius transfertur. S. Th. II, S. 36 zu not. 9. — Basil. XI, 1 c. 13 §. 1 (Heimb. I, p. 583): *δεσπότου τάξιν ἐπέχει, κύριος τῆς δίκης πιστευόμενος* . . . domini locum obtinet, cum pro domino actionis habeatur. — — [2]) pr. J. de act. (4. 6). l. 51 D. de O. et A. (44. 7). Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stellen vergl. Demelius, Untersuchungen I, S. 126 ff. — — [3]) cf. §. 5 J. de except. (4. 13). — — [4]) Arndt's Pandect. §. 251 Anm. 5.

Cedenten ihren Ursprung verdankt. Dieses Rechtsverhältniß dauert unter allen Umständen unverändert in der Person des Cedenten fort, so lange nicht neben der Cession noch andere Vorgänge wirksam werden. Durch die Cession löst sich einzig und allein dasjenige Product oder Stück des Rechtsverhältnisses, welches im Klagerechte besteht, von der Person des Cedenten los, um fortan der Person des Cessionars zu folgen. Wie deshalb für die Cessibilität gleichgültig ist, auf welchem Grunde das Klagerecht beruhet[5]), wie namentlich Forderungen aus Contracten nicht gewisser cedirt werden können, als Forderungen aus Delicten und selbst Ansprüche aus persönlichen, durchaus unübertragbaren Beneficien und Privilegien, z. B. aus dem Restitutionsprivilegium des Minderfährigen[6]), dem Pfanderwerbsvorrechte des Fiscus[7]), so ist es auch gleichgültig, ob das Rechtsverhältniß außer dem abgetretenen Klagerechte in der Person des Cedenten noch andere Wirkungen hervorgebracht hat, noch aus anderen Bestandtheilen zusammengesetzt ist oder nicht; denn eben weil der Cessionar nur Herr der actio wird, müssen alle anderen Bestandtheile und Wirkungen des der actio zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisses dem Cedenten verbleiben. Dahin gehören bei solchen obligatorischen Verhältnissen, welche die dauernde Quelle einzelner Forderungen sind, wie das Mandats-, Societäts-, Miethsverhältniß, alle neben der abgetretenen Forderung in der Person des Cedenten sonst noch entstandenen oder entstehenden Forderungen; ebendahin gehört bei zweiseitigen Contracten das ganze Gebiet der Verpflichtungen[8]), so daß z. B. aus dem Contractsverhältnisse des Mandats, der Societät, der Miethe, des Kaufes das All der Verbindlichkeiten am Cedenten zu haften fortfährt, obgleich immerhin das All der Rechte in Forderungen aufgegangen und durch Cession auf den Cessionar übertragen sein mag; dahin gehört ferner theils bei streng einseitigen Formalcontracten diejenige durch Klage zu verfolgende Verpflichtung, welcher der Gläubiger wegen etwaiger Mangelhaftigkeit der causa unterworfen ist, theils endlich bei dinglichen Verhältnissen des

---

[5]) Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 325. §. 3 J. de emt. (3. 24), l. 25 §. 8 D. locati (19. 2), l. 35 §. 4 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 19 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1), l. 14 pr., l. 53 §. 3, l. 80 pr. §. 5. 7 D. de furt. (47. 2), l. 38 §. 1 D. de solut. (46. 3), l. 15 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 61 D. de adm. et per. tut. (26. 7), l. 16 §. 4, l. 40 §. 2 D. de her. pet. (5. 3), l. 11 §. 10 D. quod vi aut cl. (43. 24), l. 52 §. 16 D. pro soc. (17. 2). — — [6]) l. 24 pr. D. de minor. (4. 4). S. Th. II, S. 293 ff. — — [7]) l. 7 C. de privil. fisci (7. 73). S. Th. II, S. 126 f. l. 2 C. de his, qui in prior. credit. loc. (8. 19). S. Th. II, §. 36. — — [8]) l. 25 C. de pact. (2. 3). v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. Th. 3, S. 117. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 323.

Eigenthums, der Servituten, des Erbrechts ꝛc. die ganze Fülle der außer der actio im dinglichen Recht liegenden Befugnisse, so daß namentlich nicht das Eigenthum der Sache mit der Veräußerungsbefugniß, sondern bloß der auf Restitution des Besitzes gerichtete Anspruch vom Cedenten auf den Cessionar übergeht. Nichts außer der ope exceptionis unwirksamen directa actio hinterläßt also die Cession in der Person des Cedenten nur bei solchen Rechtsverhältnissen, welche vollständig in der actio aufgehen, wie dieses namentlich der Fall ist bei den gesetzlichen, den Delicts- und Quasidelicts-Obligationen, bei den streng einseitigen Contracts- und Quasicontractsverhältnissen [9]), sofern der Gläubiger nicht etwa wegen fehlerhafter causa einer condictio unterliegt, und bei dem durch die actio hypothecaria erschöpften Pfandrechte [10]).

Diese Grenze zwischen der actio und dem der actio zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ist bei der Lehre von der Cession stets genau inne zu halten, wenn gefährliche Irrthümer vermieden werden sollen. In Theorie und Praxis ist das nicht immer gelungen, am wenigsten bei zweiseitigen Contracten, bei streng einseitigen Formalcontracten im Fall mangelhafter causa und bei ähnlichen mit Verbindlichkeiten in einer gewissen Beziehung stehenden Rechten, endlich bei dinglichen Verhältnissen. Wir können daher nicht wohl umhin, diese zweifelhafteren Anwendungen noch näher zu betrachten.

A. Zweiseitige Obligationen.

Hier sind die wesentlich und die zufällig zweiseitigen Obligationen zu unterscheiden.

I. Wesentlich zweiseitige Verträge

erzeugen in Jedem der beiden Contrahenten klagbare Forderungen und klagbare Verpflichtungen, die sich einander synallagmatisch bedingen, weil jeder Contrahent seine Verbindlichkeit nur mit Rücksicht auf die Verbindlichkeit des Anderen übernommen hat. Die gegenseitige Abhängigkeit bewirkt aber nur, daß jeder Contrahent die Erfüllung seiner Verbindlichkeit einredeweise so lange verweigern darf, bis der Gegner

---

9) Daher in Fällen der Art obligationem praestare = actionem praestare. l. 64 §. 4 D. soluto matrim. (24. 3), l. 2 §. 8 D. de her. vel act. (18. 4). — — 10) l. 27 pr. D. de noxal. act. (9. 4). S. Th. I, S. 94. Daher in jus pignoris oder in pignus succedere = in actionem hypothecariam succedere. S. Th. II, S. 173 not. 20—22.

auch seinerseits zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bereit ist[11]). Im Uebrigen bleiben die beiderseitigen Forderungen — z. B. die actio venditi des Verkäufers Aulus Agerius, dahin lautend: quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet, und die actio emti des Käufers Numerius Negidius, umgekehrt dahin lautend: quidquid ob eam rem Am Am No No dare facere oportet[12]) — in dem Grade selbständig, daß die Forderung des einen Contrahenten vollkommen gültig und vollziehbar sein kann, während die Forderung des Anderen entweder bürgerlich oder natürlich ungültig ist — z. B. bei Kauf-, Mieth- und anderen zweiseitigen Contracten eines Unmündigen mit Volljährigen[13]), eines Interdicirten mit Dispositionsfähigen[14]) — oder wenigstens bürgerlich ungültig ist — z. B. bei dergleichen Contracten eines Sklaven mit Freien[15]) — oder doch unvollziehbar ist — z. B. bei zweiseitigen Contracten eines vermögenslosen Hauskindes mit gewaltfreien Personen[16]) —. Diese Selbständigkeit der Forderungen geht soweit, daß jeder Contrahent zwar die der Forderung des Gegners entsprechende Verbindlichkeit, so lange der Gegner in keine Veränderung willigt, unter allen Umständen unverändert auf sich behält, indem in personam actio semper adversus eundem locum habet[17]), daß aber nichtsdestoweniger die der Verbindlichkeit des Gegners entsprechende Forderung an eine dritte Person fallen kann. Wird z. B. ein zweiseitiger Vertrag zwischen Sklaven oder Hauskindern einerseits und gewaltfreien Personen andererseits abgeschlossen, so bleibt die der Forderung des Gewaltfreien entsprechende Verbindlichkeit an der Person des Sklaven oder Hauskindes als obligatio civilis, beziehungsweise naturalis haften[18]), indem der Gewalt habende Herr oder Vater höch-

---

[11]) Gaj. IV, 126. l. 5 §. 4 D. de doli exc. (44. 4), l. 25 D. de act. E. V. (19. 1), l. 5 C. de evict. (8. 45). cf. l. 13 §. 8. 9 D. de act. E. V. (19. 1), l. 21 §. 8, l. 57 pr. D. de aedil. ed. (21. 1), l. 14 §. 1 D. de furt. (47. 2). — — [12]) Gaj. IV, 43. Cic. de offic. III, 16. — — [13]) pr. J. de tutor. auct. (1. 21), l. 5 §. 1 D. eod. (26. 8), l. 13 §. 29 D. de act. E. V. (19. 1), l. 7 §. 1 D. de rescind. vend. (18. 5), cf. l. 34 §. 3 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 50 D. de act. E. V. (19. 1), l. 1 D. de resc. vend. (18. 5). — — [14]) l. 9 §. 7 D. de reb. cred. (12. 1). — — [15]) l. 57 D. de aedil. ed. (21. 1), l. 9 D. de compens. (16. 2), l. 31 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1), l. 35 D. de her. pet. (5. 3), l. 41 D. de pecul. (15. 1), l. 14 D. de O. et A. (44. 7). Schol. 167—169 zu Basil. XVIII, 5. 41 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 226). — — [16]) l. 5 pr. D. quod cum eo (14. 5), l. 6 §. 7 D. de act. E. V. (19. 1), l. 39 D. de O. et A. (44. 7), l. 10 §. 2 D. de fidej. (46. 1), l. 3 §. 4 D. de minor. (4. 4). — — [17]) l. 25 D. de O. et A. (44. 7), cf. l. 25 C. de pact. (2. 3). — — [18]) l. 57 D. de judic. (5. 1), l. 41, l. 44 D. de pecul. (15. 1), l. 39 D. de O. et A. (44. 7), l. 141 §. 2 D. de V. O. (45. 1), l. 5 pr. D. quod cum eo (14. 5), l. 3 §. 11, l. 7 §. 6, l. 50 §. 2 D. de pecul. (15. 1), l. 34, l. 35 D. de noxal. act. (9. 4), §. 10 J.

stens bis zum Belaufe des Peculium und ohne Peculium gar nicht davon betroffen wird; die der Verbindlichkeit des Gewaltfreien entsprechende Forderung dagegen gelangt ohne Weiteres an den Gewalthaber des Kindes oder Sklaven, um von demselben direct im eignen Namen geltend gemacht zu werden[19]), sofern nur zur Beseitigung der sog. exceptio non adimpleti contractus der Sklav oder Haussohn oder — soweit dies thunlich[20]) — in Vertretung derselben der Gewalthaber die der Forderung des Gegners entsprechende Verbindlichkeit zu erfüllen sich erbietet[21]). Ebenso kann die Forderung des einen Contrahenten als utilis actio durch wirkliche oder fingirte Cession auf einen Andern übertragen werden, während die der Forderung des anderen Contrahenten entsprechende Verbindlichkeit in der Person des ursprünglichen Contrahenten verharret. Der Cessionar erhält durch die Cession des ursprünglichen Contrahenten von dem ganzen Bestande des zweiseitigen Contractsverhältnisses nur dasselbe in Rechten bestehende Stück, welches ihm auch der Gewalthaber als seinen aus einem zweiseitigen Contracte hausunterthäniger Personen ipso jure ihm zugeflossenen Erwerb abzutreten vermocht hätte[22]). Wie also bei dem durch einen Haussohn vollzogenen Abschlusse eines zweiseitigen Contracts von Anfang an die Verpflichtungen und Rechte aus dem Contracte auf Seiten des Haussohnes sich scheiden dergestalt, daß die Pflichten als Schulden dem Haussohne verbleiben, die Rechte aber als Forderungen ipso jure dem Vater zufallen, so scheiden sich bei dem durch einen homo sui juris vollzogenen Abschlusse eines zweiseitigen Contracts später durch wirkliche oder fingirte Cession mit dem Uebergange der utilis actio auf den Cessionar die Rechte und Pflichten auf Seite des Cedenten. Die Pflichten als Schulden verbleiben dem Cedenten, die Rechte als Forderungen sind, wenn auch nicht der Form, so doch dem Inhalte nach, d. h. wenn auch nicht direct, so doch utiliter, auf den Cessionar übergegangen, so daß nunmehr die Rechte des Cessionars

---

de act. (4. 6), l. 8 §. 4 D. de accept. (46. 4), l. 1, l. 3 C. ne fil. pro patr. (4. 13), l. 14 D. de O. et A. (44. 7), l. 6 §. 7 D. de act. E. V. (19. 1), l. 3 §. 4. 5 D. de min. (4. 4). — — [19]) l. 7 C. si quis alteri (4. 50), l. 12 §. 3—5, l. 22 §. 8 D. mand. (17. 1). Gaj. II, 87. l. 79 D. de acquir. her. (29. 2), l. 195 §. 2 D. de V. S. (50. 16), l. 7 §. 6 D. de pecul. (15. 1). Gaj. IV, 134. 135. — — [20]) l. 31 D. de solut. (46. 3), l. un. §. 9 C. de caduc. toll. (6. 51), l. 39 §. 5 D. de statu liber. (40. 7). — — [21]) l. 57 pr. D. de aedil. ed. (21. 1), l. 31 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1) = l. 24 §. 1. 2 D. de act. E. V. (19. 1), l. 31 §. 8 D. de aedil. ed. (21. 1), l. 78 §. 2 D. de contrah. emt. (18. 1), cf. l. 9 D. de compens. (16. 2), l. 3 §. 4 D. de neg. gest. (3. 5). A. D. H. G. Art. 405. Heuser, Annalen der Justizpfl. in Kurhessen Bd. 2, S. 337. — — [22]) §. 1 J. per quas pers. (2. 9).

gegen den Cessus mit den Rechten des Cessus gegen den Cedenten, oder anders ausgedrückt, die Pflichten des Cessus gegen den Cessionar mit den Pflichten des Cedenten gegen den Cessus in synallagmatischer Verbindung stehen, und die utilis actio des Cessionars von Seiten des Cessus so lange der sog. exceptio non adimpleti contractus unterliegt, bis der Cedent oder — soweit Stellvertretung zulässig [23]) — Namens des Cedenten der Cessionar oder ein Dritter die der Forderung des Cessus entsprechende Verbindlichkeit zu erfüllen bereit ist [24]).

In diesem Sinne, aber auch nur in diesem Sinne ist die actio venditi [25]), wie die actio emti [26]), die actio locati [27]), wie die actio conducti (rei, operarum und operis) [27a]), die actio pro socio [28]) u. s. w. durch Uebergang einer utilis actio cessibel [29]).

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird im Ganzen zugestanden [30]). Nur darüber ist Streit, ob aus einem noch längere Zeit fortlaufenden Pacht- oder Miethcontracte die actio locati und actio conducti auch in Betreff der Gesammtheit der erst später fälligen Leistungen wirksam abgetreten werden könne [31]). Ich trage aber nicht das mindeste Bedenken, mit der ebenso unbedenklichen Praxis [32]) mich für die Bejahung dieser Frage zu entscheiden. Warum sollte z. B. nicht der Pächter seine ganzen Rechte aus dem Pachtcontracte auf den Afterpächter, der

---

23) S. S. 313 not. 20. — — 24) A. D. H. G. Art. 405. Seuffert, Arch. XI, Nr. 32. 225. Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. — — 25) l. 16 §. 5, l. 20 §. 17, l. 35 D. de her. pet. (5. 3), l. 13 pr., l. 24 §. 3 D. de pignor. act. (13. 7), l. 7 pr. D. de distr. pign. (20. 5). — — 26) l. 49 §. 2 D. de poss. (41. 2), l. 2 D. depos. (16. 3), l. 8 §. 5. 10, l. 10 §. 1, l. 45 pr., l. 54 §. 1 D. mand. (17. 1), l. 39 §. 3 D. de legat. I (30). Seuffert, Arch. XI, Nr. 32. — — 27) l. 13 C. locati (4. 65), l. 4 C. quando ex facto tut. (5. 39). Schol. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 7 (Heimb. III, p. 22), l. 13 §. 11 D. de act. E. V. (19. 1). Seuffert, Arch. XIII, Nr. 77. XVI, Nr. 209. — — 27a) l. 30 §. 1 D. de legat. III (32), l. 9 §. 4 D. de public. et vectig. (39. 4), cf. Cic. in Vatin. c. 12. . . . eripuerisne partes. pro Rab. Posth. c. 2. . . . dare partes. Salkowski, jur. Pers. S. 39 ff. — — 28) l. 23 pr. D. pro soc. (17. 2), l. 51 D. de pecul. (15. 1). A. D. H. G. Art. 98. Auerbach, das neue Handelsgesetzb. Abth. 1, S. 112. Damit erledigt sich, was Mühlenbr., Cess. §. 27, S. 308 lit. c. ausführt. — — 29) Puchta im Rechtslex. Bd. 2, S. 642 f. — — 30) Mühlenbruch, Cess. S. 310. Linde in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 2, S. 468 ff. Seuffert, Arch. I, Nr. 28. IV, Nr. 106. V, Nr. 125. VIII, Nr. 35. XI, Nr. 32. 178. 225. XIII, Nr. 89. XIV, Nr. 225. Zeitschr. f. braunschw. Rechtspfl. VII, S. 153 ff. Kletke, Sammlung von Präjudicien ꝛc. Zweite Fortsetz. Nr. 1341. — — 31) Glück, Comment. Bd. 18, S. 27 ff. Mühlenbr., Cess. S. 312. Heyse und Cropp, Abhandl. Bd. 2, Nr. 10. Dernburg, Abhandl. S. 1—48. Mathiae, Controversenlexic. Bd. 1, S. 150 f. — — 32) Seuffert, Arch. XIII, Nr. 77. Heyse und Cropp, Abhandl. Bd. 2, S. 311 ff. Schletter, Jahrb. Bd. 10, S. 98 Nr. 34.

Verpächter seine ganzen Rechte aus dem Pachtcontracte auf den Käufer oder Vermächtnißnehmer des verpachteten Grundstücks übertragen dürfen, da nichts hindert, auch bedingte, betagte und zukünftige Forderungen sofort als utiles actiones auf den Cessionar übergehen zu lassen [33]), und alle den abgetretenen Forderungen entsprechende Leistungen des Schuldners der Art sind, daß sie, ohne eine Aenderung zu erleiden, dem Cessionar Namens des Cedenten so gut wie dem Cedenten in Person abgeführt werden können? Die den abgetretenen Forderungen synallagmatisch verbundenen Verbindlichkeiten bleiben nichtsdestoweniger ohne Veränderung dort in der Person des ersten Pächters und hier in der Person des Verkäufers oder des belasteten Erben zurück und können trotz der Cession der Rechte nicht nur gegen den Cedenten eingeklagt, sondern auch dort vom ersten Pächter sowohl, als hier — zumal auch fremde Sachen verpachtbar sind [34]) — vom Verkäufer und vom belasteten Erben, wenn nicht unmittelbar, so doch wenigstens mittelbar, indem dort der Afterpächter und hier der Käufer oder der Vermächtnißnehmer die Vertretung übernimmt, ohne Nachtheil des Cessus erfüllt werden [35]).

Daß der Käufer oder der Vermächtnißnehmer, wenn sie durch Tradition beziehungsweise ipso jure Eigenthümer geworden sind, das verpachtete Grundstück vom Pächter vindiciren können [36]), ohne des Pächters Berufung auf den mit dem Verkäufer oder dem Erblasser des belasteten Erben abgeschlossenen Pachtcontract fürchten zu müssen, mit anderen Worten, daß der Käufer oder der Vermächtnißnehmer als Eigenthümer im Stande sind, den Pächter auszutreiben [37]), steht nicht im Wege; denn im Corpus juris ist ausdrücklich anerkannt, daß derjenige Pächter, welchem der Käufer oder der Vermächtnißnehmer ungeachtet ihres Rechts zur Austreibung die contractmäßige Benutzung der verpachteten Sache anstatt des Verpächters gewähren, kein Interesse und deshalb auch kein Recht habe [28]), die conducti actio gegen den Verpächter anzustellen, daß vielmehr der Verkäufer und der Testator sich

---

[33]) S. Th. II, S. 282 ff. — — [34]) l. 9 pr., l. 15 §. 8 D. locati (19. 2), cf. l. 137 §. 4 D. de V. O. (45. 1). — — [35]) l. 25 §. 1 D. locati (19. 2), l. 9 C. eod. (4. 65), l. 59 §. 1 D. de usufr. (7. 1), l. 50 D. de jure fisci (49. 14), cf. l. 9 pr. D. locati (19. 2) . . si dominus non patitur. — — [36]) l. 23 pr. D. de reiv. (6. 1). Colberg in Schering's Arch. f. rechtswissensch. Abhandl. Bd. 1, S. 4 ff. Träger in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 18, S. 65 ff. — — [37]) l. 9 C. locati (4. 65), l. 25 §. 1, l. 32 D. eod. (19. 2), l. 120 §. 2 D. de legat. I (30), l. 59 §. 1 D. de usufr. (7. 1). Aus der letzten Stelle ergiebt sich, daß der Nutznießer vermöge seines dinglichen Rechts dieselbe Befugniß hat. Ueber l. 12 pr. D. de vi (43. 16), s. Schol. zu Basil. LX, 17 c. 18 (Heimb. V, p. 589), l. 1 C. unde vi (8. 4). Mühlenbr., Cess. S. 278 not. 75. — — [38]) l. 8 §. 6 D. mand. (17. 1), l. 97 §. 1 D. de V. O. (45. 1).

selbst, bezüglich den belasteten Erben vor den Gefahren des Verkaufs, beziehungsweise des Vermächtnisses verpachteter Gegenstände zu schützen vermögen, indem sie dem Käufer, beziehungsweise dem Legatar die Pflicht auflegen, dem Pächter die Fortsetzung der demselben contractlich gebührenden Nutzung ungehindert zu gestatten[39]).

Mit dieser dem Erwerber der verpachteten Sache vom Veräußerer auferlegten Verpflichtung kann nun zugleich eine Ueberlassung der Pachtgelder, d. h. eine Cession der actio locati, verbunden sein oder nicht. Ist sie nicht verbunden, weil etwa der Verkäufer oder der Testator sich selbst, beziehungsweise dem belasteten Erben auch nach der Eigenthumsentäußerung den Genuß der Pachtgelder vorbehalten wollten[40]): so ist zwar der Erwerber dem Veräußerer dafür verantwortlich, den Letzteren in Erfüllung seiner Pflichten aus dem Pachtcontracte durch fortdauernde Gewährung des contractlichen frui licere dem Pächter gegenüber zu vertreten[41]), der Pächter aber mit seiner conducti actio nach wie vor an den Verpächter, also an den Verkäufer, beziehungsweise den belasteten Erben verwiesen, welche insoweit, als der Käufer, beziehungsweise der Legatar der ihm obliegenden Verpflichtung nachkommt, die vorbehaltene directa actio locati gegen den Pächter erheben dürfen, ohne Einwendungen des Pächters zu unterliegen[42]). Ist hingegen die Cession der actio locati mit der Verpflichtung des Erwerbers zur Fortgewährung des frui licere verbunden, indem der Genuß der Pachtgelder dem Erwerber zugewandt ist, so geht zwar sofort die actio locati als utilis auf den Erwerber über[43]), der Pächter bleibt aber deßungeachtet mit der conducti actio an den Verpächter, also an den Verkäufer oder den belasteten Erben gebunden[44]), die nur ihrerseits wieder ein Klagerecht gegen den Erwerber haben (actio venditi oder ex testamento), um von demselben die Vertretung in der Erfüllung der ihnen aus dem Pachtcontracte obliegenden Pflichten zu erzwingen[45]).

---

39) l. 25 §. 1 D. locati (19. 2), l. 9 C. eod. (4. 65), l. 59 §. 1 D. de usufr. (7. 1), l. 13 §. 30 D. de act. E. V. (19. 1), l. 53 §. 2 D. eod. Schol. 112 zu Basil. XVI, 1 c. 59 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 88). Bei fiscalischen Verkäufen wird ein solcher Nebenvertrag mit dem Käufer als abgeschlossen vermuthet l. 50 D. de jure fisci (49. 14). — — 40) l. 13 §. 30 D. de act. E. V. (19. 1), l. 59 §. 1 D. de usufr. (7. 1). Schol. 112 cit. — — 41) l. 9 C. locati (4. 65) . . . bonae fidei judicio (sc. ex vendito) ei, quod placuit, parere cogetur (sc. a venditore). l. 13 §. 30 D. de act. E. V. (19. 1), cf. l. 71 D. ad leg. Falcid. (35. 2). — — 42) S. not. 40. — — 43) l. 58 pr. D. locati (19. 2), l. 49, l. 53 D. de act. E. V. (19. 1), l. 50 D. de jure fisci (49. 14), l. 59 §. 1 D. de usufr. (7. 1), l. 13 pr. D. qui potior. (20. 4), l. 25 §. 4 D. sol. matr. (24. 3), l. 1 §. 15 D. de dote praeleg. (33. 4). — — 44) l. 24 §. 4 fin. D. locati (19. 2). — — 45) l. 9 C. locati (4. 65),

Der Erwerber hat also neben den gegen den Pächter geltend zu machenden Rechten aus dem Pachtcontracte nur die gegen den Verkäufer oder den onerirten Erben übernommene Verpflichtung, den Verkäufer oder den Erben bei Erfüllung ihrer Pachtverbindlichkeiten gegen den Pächter durch fortgesetzte Gestattung contractlicher Benutzung der Pachtsache zu vertreten. Dem Pächter ist er contractlich zu nichts verpflichtet, obgleich er allerdings auch gegen den Pächter mit seiner auf Cession gegründeten utilis actio locati wegen entgegenstehender exceptio non adimpleti contractus nicht durchzudringen vermag, wenn er nicht seinerseits Namens des Cedenten das frui licere zu gewähren sich herbeiläßt.

Damit aber der Käufer oder der Vermächtnißnehmer der verpachteten Sache ein Recht auf den Genuß der Pachtgelder, also eine Cession der locati actio in Anspruch nehmen könne, muß ihm dieses vom Verkäufer oder Testatar besonders bewilligt sein; denn die locati actio, als ex negotiatione, nicht ex re entspringend[46]), ist nicht gleich den Klagen wegen einer nach dem Verkauf oder nach des Testators Tode zugefügten Beschädigung, Raubs, Diebstahls[47]) u. s. w. oder selbst gleich den durch spätere Beschädigung veranlaßten Klagen aus einer vor dem Verkaufe empfangenen cautio damni infecti[48]) oder aus einer vor dem Verkaufe geschlossenen Versicherung[49]) ein Surrogat der nicht vollständig oder gar nicht gelieferten Sache, also auch nicht gleich jenen Klagen der Gegenstand klagbarer Ansprüche des Käufers oder Legatars schon deshalb allein, weil beide auf den Erwerb der Sache einen klagbaren Anspruch haben[50]). Der Käufer oder der Legatar, welcher nicht durch eine besondere Zuwendung des Verkäufers oder des Testators auf Cession der locati actio ein Anrecht erhalten hat, ist vielmehr lediglich auf die Naturalnutzung der verpachteten Sache und auf das ihm zu dem Ende zustehende Recht zur Austreibung des Pächters beschränkt. Mühlenbruch's Vertheidigung des Gegen-

---

l. 13 §. 30 D. de act. E. V. (19. 1). — — [46]) l. 21 D. de her. vel act. (18. 4). Cujac. obs. XXV, 31. Donelli coment. XIII, c. 10. Faber, conject. I, 13. Sande, l. l. VI, 8. Nicht entgegen ist l. 1 §. 47, l. 2 D. depositi (16. 3). — — [47]) l. 14 pr., l. 80 pr. D. de furt. (47. 2), §. 3 J. de emt. vend. (3. 23), l. 35 §. 4 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 18 §. 1 fin. D. sol. matrim. (24. 3). — l. 1 pr. D. de act. E. V. (19. 1), l. 11 §. 8—10 D. quod vi aut cl. (43. 24), l. 13 §. 3 — l. 15 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 13 §. 12, l. 31 pr. D. de act. E. V. (19. 1), l. 13 pr. D. de per. et comm. (18. 6), l. 16 D. de aqu. et aqu. plur. (39. 3), l. 16 D. depos. (16. 3). Mühlenbr., Ceff. S. 406 ff. 429 ff. — — [48]) l. 13 §. 12 D. de act. E. V. (19. 1). — — [49]) Jahrb. für Dogmat. Th. 7, S. 21 ff. — — [50]) Anders nach Preuß. Landr. I, 11 §. 106.

theils[51]) wird auf's vollständigste theils durch die Natur der Sache theils durch bestimmte Aeußerungen der Rechtsbücher widerlegt[52]).

Kehren wir daher ohne Weiteres zu dem Beweise zurück, daß auch wegen der Gesammtheit künftiger Leistungen die actio conducti und die actio locati abgetreten werden könne, so genügt hinsichtlich der actio conducti auf l. 30 §. 1 D. de legat. III (32) zu verweisen, zumal die Rechtsbücher nirgends widerlegende Momente darbieten, und dieselben, was die actio locati anlangt, unverkennbar zu Gunsten unserer Ansicht in folgenden Entscheidungen sich aussprechen:

1. Wenn der Ehemann ein Dotalgrundstück, welches auf 5 Jahre verpachtet ist, nach Ablauf des ersten Pachtjahrs an die geschiedene Ehefrau zurückgegeben hat, so soll nach Ulpian und Paulus einerseits die Frau dem Manne caviren, daß sie nicht — wie ihr freisteht[53]) — den Pächter entsetzen, sondern demselben die contractmäßige Fruchtnutzung bis Ablauf der Pachtzeit gestatten und dem Manne, welcher als Verpächter dem Pächter dafür verantwortlich ist, alles dasjenige, wozu er dem Pächter wegen etwa nach dem ersten Pachtjahre von Seiten der Frau erlittener Fruchtnutzungshinderungen verurtheilt werden sollte, ersetzen werde; andererseits soll der Mann der Frau — natürlich durch Cession der actio locati — den Bezug der Pachtgelder überlassen und caviren, derselben alles dasjenige herauszugeben, was er etwa vermöge des Pachtcontracts über die Pachtgelder des ersten Jahrs hinaus vom Pächter empfangen werde[54]). Ohne den Pächter zuzuziehen, sind hiernach für die künftigen 4 Jahre alle Rechte aus dem Pachtcontracte auf die Frau übertragen, alle Verpflichtungen aber dem Pächter gegenüber in der Person des Ehemanns zurückgeblieben; und doch findet sich bei den Juristen weder das leiseste Bedenken gegen die Zulässigkeit der Cession, noch die entfernteste Andeutung, daß es sich um eine nur bei der dos statthafte Singularität handle.

---

51) Cession S. 407 f. — — 52) l. 13 §. 11 D. de act. E. V. (19. 1) . . . nisi si quid nominatim convenisse proponatur. l. 50 D. de jure fisci (49. 14) . . . atque si hoc ipsum in emendo convenisset. l. 59 §. 1 D. de usufr. (7. 1) . . . si ipsae quoque specialiter comprehensae sunt. cf. Schol. 112 zu Basil. XVI, 1 c. 59 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 88), l. 58 pr. D. loc. (19. 2), l. 53 pr. D. de act. E. V. (19. 1), l. 136 §. 1, l. 140 §. 2 D. de V. O. (45. 1), l. 11 D. de servit. (8. 1). Mommsen, Erörterungen Hft. 1, S. 128 ff. Cujac. obs. XXV, 31. — — 53) Schol. 2 zu Basil. XXVIII, 8 c. 25 §. 4 (Heimb. III, p. 269). — — 54) l. 25 §. 4 D. sol. matr. (24. 3), l. 1 §. 15 D. de dote praeleg. (33. 4). Francke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 30, S. 285 ff.

2. Wenn der Verkäufer eines Grundstücks, welches vermiethet und vom Miether wieder höher in Aftermiethe gegeben ist, dem Käufer zugleich — natürlich durch Cession der locati actio — den Bezug der Miethgelder überläßt, so soll der Käufer die Forderung zwar nicht der höheren Aftermiethgelder, wohl aber der niedrigeren Miethgelder erwerben[45]). Eine Einschränkung, daß nur von verfallenen, nicht auch von künftig fällig werdenden Miethgeldern die Rede sei, findet sich ebensowenig, als eine Andeutung, daß die Miether und Aftermiether ihre Einwilligung erklärt hätten.

3. Es wird erwähnt, daß der Verkäufer eines Grundstücks, um den Käufer zu betrügen, einen Scheinpächter aufgestellt und sich auf fünf Jahre für den richtigen Eingang der Scheinpachtsumme bei dem — natürlich durch Cession — zum Inhaber der Scheinpachtforderung gemachten Käufer verbürgt habe[56]), sowie daß der Verkäufer, welcher das auf mehrere Jahre vermiethete Haus nach Ablauf eines Miethjahrs verkaufe und mit dem Käufer ausmache, die vom Miether gestellten Pfänder sollten für die Miethgelder des ersten Jahrs dem Verkäufer, für die Miethgelder der folgenden Jahre dem Käufer haften, dem Käufer — natürlich durch Cession — die actio locati mit der entsprechenden hypothecaria actio je nach Umständen entweder so, daß die Pfänder für alle Jahresforderungen pro rata gleich, oder im Ganzen zunächst für die Miethforderung des ersten Jahrs dem Verkäufer, sodann dem Reste nach für die Miethgelder der folgenden Jahre dem Käufer hafteten, überlassen könne[57]).

Auch hier ist bei keinem der beiden in Frage stehenden Geschäfte gesagt, daß dasselbe mit Einwilligung des Cessus zu Stande gekommen sei, vielmehr aus der Nichterwähnung jener Einwilligung deren Entbehrlichkeit und eine bloß unter dem Verkäufer und Käufer verabredete Cession der locati actio zu schließen.

4. Es heißt bei

Paulus lib. 3 Sententiarum[58]):

Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur ad fructuarium pertinet: pensiones quoque jam antea locatorum agrorum, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint.

---

[55]) l. 58 pr. D. sol. matrim. (19. 2), l. 53 pr. D. de act. E. V. (19. 1), Basil. XX, 1 c. 58 §. 1 mit Schol. 1 (Heimb. II, p. 365), cf. l. 47 §. 1 D. de jure fisci (49. 14). S. Th. I, S. 155 ff. — — [56]) l. 19 pr. D. de act. E. V. (19. 1). — — [57]) l. 13 pr. D. qui potior. (20. 4). — — [58]) l. 59 §. 1 D. de usufr. (7. 1).

Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest fructuarius conductorem repellere.

Wenn der Testator an einem verpachteten Grundstücke den Nießbrauch vermacht, so soll der Legatar alle Früchte des Grundstücks ziehen dürfen, indem er gleich dem Käufer des Grundstücks den Pächter austreibt und der Pächter nur gegen den Erben mit der actio conducti sein Interesse zu verfolgen im Stande ist[59]). Die Pachtgelder vom Pächter einzuklagen soll aber der Legatar nur dann ein Recht haben, wenn ihm die actio locati als ein Theil des Legats vom Testator besonders zugewandt worden ist (si ipsae quoque specialiter comprehensae sunt). Ohne solche besondere Zuwendung hat der Legatar weder die Cession der actio locati vom Erben zu fordern, noch gar ohne Weiteres kraft fingirter Cession eine utilis locati actio gegen den Pächter anzustellen. Aber auch in Folge besonderer Zuwendung und Cession der actio locati kann der Legatar wegen sonst entgegenstehender exceptio non adimpleti contractus selbstverständlich die Pachtgelder vom Pächter nicht anders einklagen, als wenn er demselben die contractliche Fruchtnutzung beläßt.

Zur Belassung dieser Fruchtnutzung ist der Legatar dem Erben verpflichtet, wenn es der Testator, um den Erben vor der actio conducti des Pächters zu bewahren, so angeordnet hat, mag der Genuß der Pachtgelder und zu dem Ende die actio locati dem Legatar vermacht oder beides anstatt des Legatars dem Erben vorbehalten sein (nisi fuerint specialiter exceptae)[60]).

Es sind hiernach die 4 Fälle denkbar, daß der Legatar das Eigenthum oder den Nießbrauch des verpachteten Grundstücks erhalten hat:

a. ohne die actio locati und ohne das Verbot, den Pächter auszutreiben;

b. ohne die actio locati und mit dem Verbote;

c. mit der actio locati und ohne das Verbot;

d. mit der actio locati und mit dem Verbote.

Von diesen 4 Fällen wird der erste in folgender ziemlich bestrittenen Stelle vorausgesetzt:

---

[59]) l. 120 §. 2 D. de legat. I (30). fr. Vat. §. 44. l. 25 §. 1 D. locati (19. 2), l. 50 D. de jure fisci (49. 14). — — [60]) Schol. 112 zu Basil. XVI, 1 c. 59 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 88). l. 13 §. 30 D. de act. E. V. (19. 1).

Julianus lib. 4 ex Minicio[61]).

Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quod si colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere, et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicut si quis rem, quam vendidisset necdum tradidisset, alii legasset, heres ejus emtori et legatario esset obligatus.

Der Testator hat sein noch auf mehrere Jahre verpachtetes Grundstück einem Legatar vermacht, ohne die locati actio in das Legat einzuschließen und ohne dem Legatar die Verpflichtung aufzulegen, dem Pächter die Benutzung des verpachteten Grundstücks zu lassen. Zweck des Legats ist also, dem Legatar mit dem Eigenthume vermittelst des Expulsionsrechts die Naturalnutzung des Grundstücks auf Gefahr und Unkosten des eventuell der conducti actio ausgesetzten Erben zuzuwenden, so daß der Erbe nicht bloß dem Legatar, sondern auch dem Pächter verhaftet ist, wie er dem Käufer und dem Legatar verhaftet sein würde, wenn der Erblasser eine an jenen verkaufte, aber noch nicht übergebene Sache an diesen vermacht hätte. Wird nämlich der Pächter in der That vom Legatar an der Fortsetzung der contractlichen Fruchtnutzung behindert, so hat er zwar gegen den Legatar kein Schutzmittel, wohl aber die auf sein Interesse gerichtete actio conducti gegen den Erben, der diesen Nachtheil tragen muß, da es der Testator, der sonst dem Legatar die Ausübung des Expulsionsrechts untersagt haben würde, so gewollt hat; denn obwohl der Erbe nicht bloß der conducti actio des Pächters unterworfen ist, sondern auch die dem Legatar nicht mit vermachte locati actio gegen den Pächter behalten hat, so kann er doch von der letzteren selbst für den Fall, daß der Legatar dem Pächter die Fruchtnutzung belassen sollte, keinen Gebrauch machen, ohne gegen den Inhalt des Testaments zu verstoßen. Der Testator hat ja weder dem Legatar, noch dem Erben die Pachtgelder, sondern dem Legatar die Naturalnutzung und dem Erben überall keinen Nutzen vom verpachteten Grundstücke zugedacht. Sollte also auch der Erbe die actio locati, sei es um die Pachtgelder zu ziehen, sei es um der Verschlechterung des Grundstücks vorzubeugen[62]), gegen den seinerseits von der

---

[61]) l. 32 D. locati (19. 2). Mühlenbr., Cess. S. 313 ff. Heyse und Cropp, Abhandl. Bd. 2, S. 297 ff. Träger in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 18, S. 72 ff. auch not. 10. Mommsen, Erörterungen Hft. 1, S. 135 f. not. 13. — — [62]) l. 24 §. 2, l. 25 §. 3, l. 11 §. 2, l. 13 §. 7 D. locati (19. 2).

Pacht zurücktretenden Pächter auf Fortsetzung der Pacht und ordnungsmäßige Bewirthschaftung des Grundstücks anbringen, so würde er doch außer Stande sein, eine Verurtheilung des Pächters herbeizuführen, weil er ohne Verletzung der bona fides kein Interesse nachzuweisen vermag [63]). So hat die letztwillige Bestimmung des Testators thatsächlich auch dem Pächter die Möglichkeit verschafft, ungestraft vom Pachtcontracte zurückzutreten.

Die Ursache dieser Möglichkeit liegt aber nur in der eigenthümlichen Gestaltung des Fragefalls; denn der Pächter würde nicht im Stande sein, vom Contracte frei abzugehen, wenn das verpachtete Grundstück statt unter den oben zu lit. a vielmehr unter den oben zu lit. b, c oder d erwähnten Voraussetzungen legirt worden wäre. Hätte der Testator

zu b. dem Erben die actio locati vorbehalten mit dem an den Legatar gerichteten Verbote, den Pächter auszutreiben, so würde der Erbe wegen des vom Testator ihm zugedachten Fortgenusses der Pachtgelder ohne Frage ein ausreichendes Interesse an der Fortdauer des Pachtverhältnisses, mithin sowohl eine wirksame locati actio gegen den Pächter, als eine wirksame actio ex testamento gegen den die contractliche Benutzung des Pachtobjects etwa hindernden Legatar gehabt haben. Und hätte der Testator

zu c. die locati actio in das Legat eingeschlossen, ohne dem Legatar die Austreibung des Pächters zu verbieten, so würde es in der Hand des Legatars gestanden haben, entweder gegen Fortgewährung des frui licere den Pächter zur Fortsetzung der Pacht und Fortzahlung der Pachtgelder zu zwingen, oder zum Zweck der eignen Bewirthschaftung des Grundstücks den Pächter auszutreiben und die Entschädigung desselben dem der conducti actio unterworfenen Erben zu überlassen. Hätte endlich der Testator

zu d. die locati actio in das Legat eingeschlossen und dem Legatar die Austreibung des Pächters untersagt, so würde der Legatar nicht bloß berechtigt gewesen sein, gegen fortgesetzt gewährte Benutzung des Grundstücks den Pächter zur Fortsetzung der Pacht und Fortzahlung der Pachtgelder mit der utilis locati actio anzuhalten, sondern er würde auch Klagen des Erben unterlegen haben, falls er statt dessen den Pächter ausgetrieben und den Erben der conducti actio ausgesetzt hätte.

Der Erbe würde also im Falle zu b ein selbständiges, in den Fällen zu c und d aber, als zur Cession der locati actio verpflichtet,

---

63) l. 8 §. 6 D. mand. (17. 1), l. 97 §. 1 D. de V. O. (45. 1). Cohnfeldt, Interesse S. 91.

wenigstens ein abgeleitetes Interesse an der actio locati gehabt haben[64]), so daß dort der Erbe und hier auf Grund erhaltener Cession nicht bloß utiliter im eignen Namen, sondern auch direct in des Cedenten Namen der Legatar auf Fortsetzung der Pacht gegen den Pächter wirksam zu klagen[65]), trotz der von Julian zu a gegebenen Entscheidung, im Stande gewesen wäre. Julian's Entscheidung beweist daher nach unserer völlig sachgemäßen und durchweg mit der Basilikenscholie[66]) übereinstimmenden Erklärung lediglich, daß der Legatar, dem die actio locati vom Testator nicht besonders zugewandt ist, nicht schon deshalb, weil er das Eigenthum der verpachteten Sache erhalten hat, auch auf Cession der locati actio dringen kann; sie beweist aber ebendeshalb nicht, was Mühlenbruch aus ihr zu folgern versucht, daß Julian als unzuläßig erachtet habe, auf die Gesammtheit künftiger Leistungen die actio locati abzutreten. Die zuvor ausgelegte Sentenz des Paulus, welche dem mit dem Nießbrauch eines verpachteten Grundstücks und zugleich mit der locati actio bedachten Legatar ein Recht giebt, den Pächter zur Fortsetzung der Pacht und zur Fortzahlung der Pachtgelder zu nöthigen, ergiebt vielmehr, daß Paulus die Cession der auf die Gesammtheit künftiger Leistungen gerichteten locati actio für vollkommen statthaft gehalten hat.

Nimmt man nun die anderen Beweisgründe hinzu, so kann — dünkt mich — kein begründeter Zweifel übrig sein, daß die locati actio auch wegen der Gesammtheit künftiger Leistungen als utilis actio unbeschränkt übertragbar ist, und die Praxis, welche dergleichen Cessionsgeschäfte als ein dringendes Verkehrsbedürfniß täglich ohne Bedenken gestattet, auch hier, wie so oft, bewußt oder unbewußt das Rechte getroffen hat.

Was von der actio locati gelehrt ist, muß natürlich unter gleichen Voraussetzungen von allen anderen Klagen aus wesentlich zweiseitigen Contracten gelten, da alle für die locati actio angeführten Gründe für andere ähnliche Klagen ebensowohl passen. Hiernach entscheidet sich z. B. die Frage über die Cessibilität der sog. Engagementsbriefe dahin, daß die Rechte aus denselben übertragen werden können, die Verpflichtungen dagegen in der Person des Cedenten zurückbleiben, der Cessus aber alle aus dem Rechtsverhältniß entspringenden Einreden auch dem Cessionar opponiren darf[67]).

---

64) l. 36 D. de fidej. (46. 1), l. 14 pr. D. mand. (17. 1), l. 80 pr. D. de furt. (47. 2). S. Th. II, §. 34 B. — — 65) S. Th. II, S. 124 ff. — — 66) Schol. 1. 2 zu Basil. XX, 1 c. 31 (Heimb. II, p. 356 sq.). — — 67) Mühlenbr., Ceff. S. 310 not. 146. Linde in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 2, S. 468 ff. Thoel, Entscheidungsgründe rc. Nr. 123. Simon, Recht-

II. Zufällig zweiseitige Verträge.

Ueber die Behandlung der zufällig zweiseitigen Verträge dürfte nach dem vorhin Ausgeführten keine Ungewißheit mehr herrschen. Auch hier kann die Forderung auf der einen Seite gültig und vollziehbar, auf der anderen Seite ungültig [68]) oder unvollziehbar [69]) sein. Auch hier darf daher jeder Theil seine Forderung abtreten [70]), nicht aber seinen der jenseitigen Forderung entsprechenden Verbindlichkeiten sich entziehen. Mit der Cession tritt vielmehr wieder dem Effecte nach dasselbe Rechtsverhältniß ein, welches sofort dem Rechte nach entsteht, wenn ein Haussohn z. B. als Commodant oder Deponent ein commodatum oder depositum abschließt. Wie in diesem Falle die directa actio commodati oder depositi direct auf den Hausvater übergeht, die der contraria actio entsprechenden Verbindlichkeiten aber an der Person des Haussohns haften bleiben und selbst in Verhältnissen, welche actiones adjectitiae qualitatis begründen, den Vater nur neben dem Sohne betreffen: so geht im Falle der Cession die directe actio commodati oder depositi als utilis actio auf den Cessionar über, während die wegen der contraria actio zu erfüllenden Verbindlichkeiten nach wie vor dem Cedenten obliegen. Der Commodant oder Mandant z. B., welcher die directa commodati, beziehungsweise mandati actio cedirt, bleibt nichtsdestoweniger zum Ersatze der Auslagen, welche der Commodatar oder Mandatar in Folge des Contracts gemacht hat, verpflichtet, und der Cessionar wird durch die Verpflichtung des Cedenten nicht weiter berührt, als daß auch seiner utilis actio gegenüber vom Commodatar oder Mandatar das Retentionsrecht ausgeübt werden kann [71]), kraft dessen die betreffende Sache nicht eher restituirt zu werden braucht, bevor nicht der durch die actio contraria gegen den Commodanten oder Mandanten auch angriffsweise zu verfolgenden Gegenforderung Genüge geleistet ist.

---

sprüche I, 159. Seuffert, Arch. XI, Nr. 225. — — 68) l. 41 D. mand. (17. 1), l. 24 pr. D. de pignor. act. (13. 7), l. 1 §. 42 D. depos. (16. 3), l. 1 §. 2 — l. 3 pr. D. commod. (13. 6). — — 69) l. 1 §. 42 D. depos. (16. 3), l. 36 D. de pecul. (15. 1), l. 28 §. 1 D. de pignor. act. (13. 7), l. 3 §. 4. 5, l. 14 D. commod. (13. 6). — — 70) l. 12 D. de re jud. (42. 1), l. 1 §. 11, l. 16 D. depos. (16. 3), l. 38 D. de evict. (21. 2), l. 14 D. quae in fraud. cred. (42. 8), l. 25 §. 4 D. de aedil. ed. (21. 1). Schol. 2 zu Basil. XXIV, 3 c. 12 (Heimb. III, p. 24). Damit erledigt sich, was Mühlenbr., Ceff. S. 307 f. lit. a ausführt. — — 71) l. 15 §. 2, l. 59 D. de furt. (47. 2).

B. Streng einseitige Formalcontracte im Fall mangelhafter causa und ähnliche mit Verbindlichkeiten in einer gewissen Beziehung stehende Rechte.

Streng einseitige Formalcontracte, wie die Stipulation, der Wechsel, deren obligirender Thatbestand ohne Rücksicht auf Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit lediglich durch die in gewisser Form geschehene Erklärung des übereinstimmenden Vertragswillens gebildet wird, beziehen sich regelmäßig auf eine außer ihnen liegende causa, welche nicht bloß über die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der in dem Abschluß des Formalcontracts enthaltenen Forderungszuwendung entscheidet, sondern auch durch ihre etwaige Fehlerhaftigkeit die Zuwendung mittelst Condictionen[72]) und Exceptionen (doli oder in factum) angreifbar macht[73]). Ist nun die Klage aus dem Formalcontracte auf einen Cessionar übergegangen[74]), so sind zwar jene Einreden gleich anderen Einreden aus der Person des Cedenten auch gegen den Cessionar wirksam[75]), die den Einreden entsprechenden Condictionen aber können deßungeachtet nur gegen den Cedenten gerichtet werden; denn die Abtretung der Forderung aus dem Formalcontracte hat nicht zugleich die Folge, den Gläubiger von irgend einer Verpflichtung zu befreien. Auch die durch condictio incerti verfolgbare Verpflichtung, welche durch die Fehlerhaftigkeit der causa des Formalcontracts entstanden ist, bleibt also vermöge der hier ebenfalls anwendbaren Regel: in personam actio semper adversus eundem locum habet[76]), an der Person des Cedenten haften.

---

[72]) l. 1, l. 3 D. de condict. s. c. (12. 7), l. 16 §. 2 D. de minor. (4. 14), l. 5 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1), l. 20 §. 1 D. de donat. (39. 5), l. 76 D. de jure dot. (23. 3), l. 31 D. de condict. ind. (12. 6), l. 7 §. 16 D. de pact. (2. 14), l. 15 C. de fidej. (8. 41), l. 4 C. de condict. ob c. d. (4. 6), l. 6 C. de jur. et facti ignor. (1. 18), l. 1 C. de errore calc. (2. 5). — — [73]) l. 21 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), Gaj. IV, 116. l. 23 §. 3 D. de condict. ind. (12. 6), l. 1 pr. D. ut in poss. legat. (36. 4), l. 2 §. 3 D. de doli exc. (44. 4), l. 5 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1), l. 15 pr. D. de fidej. (46. 1), l. 1 §. 2 D. de stipul. serv. (45. 3), l. 1, l. 2, l. 3 C. de n. n. p. (4. 30), l. 1 C. de condict. ob turp. caus. (4. 7), l. 8 D. de condict. ob turp. c. (12. 5), §. 1 J. de except. (4. 15). — A: D. W. O. Art. 82. — — [74]) Ueber die Cession der Wechselansprüche s. A. D. W. O. Art. 16. Borchardt, A. D. W. O. rc. 3. Aufl. S. 77 ff. 72 f. 70 f. 95. 98. 150 f. Arch. f. Wechselr. Bd. 10, S. 221. 379. Bd. 11, S. 284. Bd. 12, S. 170. Löhr, Centralorgan f. H. u. W. R. R. F. Bd. 1, S. 140 ff. Seuffert, Arch. XIV, Nr. 158. 159. — — [75]) S. Th. II, §. 37 A. — In Betreff der Cession von Wechselforderungen s. Borchardt, A. D. W. O. S. 78 not. 111. Zeitschr. f. Rechtspfl. in Braunschw. Bd. 4, S. 138. Löhr a. a. O. S. 140 f. — — [76]) l. 25 D. de O. et A. (44. 7), cf. l. 25 C. de pact. (2. 3).

Hat z. B. der Schuldner in Erwartung eines Darlehns dem Stipulator Rückzahlung versprochen, das Darlehn aber nicht empfangen, der Stipulator hingegen seine Forderung aus der Stipulation an einen Anderen cedirt: so unterliegt zwar der Cessionar, auch wenn er utiliter im eignen Namen die actio ex stipulatu anstellt, der exceptio doli oder exceptio non numeratae pecuniae, allein nicht der Cessionar, sondern lediglich der Cedent ist von Seiten des Schuldners derjenigen condictio incerti causa non secuta unterworfen, welche bezweckt, die Verurtheilung zur Acceptilation der Verbalschuld, eventuell zur Zahlung des Interesse herbeizuführen. Ebenso wenn die Verbalschuld verbrieft und der Schuldbrief vom Cedenten dem Cessionar eingehändigt, die condictio gegen den Cedenten aber zugleich auf Rückgabe des Schuldscheins erstreckt ist. Der Cedent mag sehen, wie er vom Cessionar den Schein und die Einwilligung in die geforderte Acceptilation zurückerhält, da er nicht ohne dolus oder culpa durch die Cession und die Weggabe des Schuldscheins die Erfüllung der der condictio entsprechenden Verbindlichkeit sich erschwert oder unmöglich gemacht hat[77]).

Nicht anders verhält es sich, wenn die Condiction und die entsprechende Exception das Schuldbocument nicht als Repräsentanten der Obligation, sondern als Hauptobject selbst ergreifen, mag dabei das Schuldbocument als Erzeugungsgrund der Obligation[78]) oder nur als processualisches Beweismittel in Betracht gezogen werden[79]). Auch hier ist die Exception gegen den Cessionar[80]), die Condiction lediglich gegen den Cedenten begründet.

Selbst die nach Zahlung der Schuld auf Rückgabe des Schuldscheins zuständige condictio causa finita[81]) trifft nicht den Cessionar, in dessen Händen der Schein zurückblieb, sondern nur den Cedenten; denn wenn auch der Cedent den Schein zum Zweck der Cession ohne dolus und culpa weggeben durfte und deshalb nicht verurtheilt werden kann, den Schein selbst herauszugeben, so kann er doch verurtheilt werden, das juristische Surrogat des Scheins abzutreten, welches er in Händen haben muß, wenn er pflichtmäßig gehandelt hat[82]). Dieses

---

[77]) l. 19 D. de don. m. c. (39. 6), l. 37 §. 1 D. eod., l. 65 §. 8, l. 39 D. de condict. ind. (12. 6), l. 15 D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4), cf. l. 3 D. de condict. trit. (13. 3). Voigt über condict. S. 318 f. — — [78]) l. 3, l. 4 C. de condict. ind. (4. 5), l. 1 C. de aleat. (3. 43), l. 36 pr. §. 2 C. de donat. (8. 54). Voigt a. a. O. S. 343 ff. — — [79]) l. 7 C. de n. n. p. (4. 30), l. 3 C. de postul. (2. 6), l. 4 C. de condict. ex lege (4. 9), l. 3 C. de dote c. n. n. (5. 15). Nov. 100 c. 2. Voigt a. a. O. S. 345 ff. c. 14 X. de fide instrum. (2. 22). — — [80]) Preuß. Landr. I, 11 §§. 735. 739. — — [81]) l. 2 C. de condict. ex lege (4. 9), l. 25 C. de solut. (8. 43), l. 2 C. Gregor. si deb. pers. (4. 1), cf. l. 27 pr. D. de furt. (47. 2). — — [82]) l.

juristische Surrogat besteht in einer actio praescr. verb., die der Cedent, nachdem die Schuld bezahlt worden, auf Rückgabe des Scheins gegen den Cessionar anzustellen vermag; denn der Schein kann in ähnlicher Weise, wie ein für die Schuld bestelltes Faustpfand, nicht ohne das Bewußtsein, denselben nach der Zahlung dem Schuldner zurückgeben zu müssen, mithin von dem auf pflichtmäßiges Handeln bedachten Cedenten nicht ohne das ausdrückliche oder stillschweigende Gedinge, denselben, um ihn dem Schuldner zurückgeben zu können, vom Cessionar nach der Zahlung zurückzuempfangen, dem Cessionar übergeben worden sein. Durch die mit diesem ausdrücklichen oder stillschweigenden Gedinge verbundene Uebergabe ist aber in der Person des Cedenten für den Fall der Zahlung eine actio praescr. verb. gegen den Cessionar begründet, welche als eine auf Unkosten des Cessus gemachte Bereicherung gerade dasjenige Object bildet, dessen Abtretung der Schuldner anstatt des Scheins vom Cedenten durch die condictio causa finita zu erzwingen vermag, um vermittelst der abgetretenen Klage den Schein vom Cessionar einzufordern [83]).

Haben aber darum schon unsere älteren und neueren Praktiker Unrecht, wenn sie dem Schuldner nach der Zahlung ohne Weiteres eine Klage auf Herausgabe des Scheins gegen den Cessionar einräumen [84])? Ich glaube nur insofern, als sie die Klage als eine condictio causa finita und nicht als das, was sie — abgesehen von der actio ad exhib. [84a]) — allein sein kann, als eine auf fingirter Cession beruhende utilis actio praescr. verb. ansehen. Obgleich nämlich der Schuldner, welcher versäumt hat, den Schein vor oder bei der Zahlung vom Cessionar sich herausgeben zu lassen, nur durch eine vom Cedenten abgeleitete actio praescr. verb. im Stande ist, nachträglich den Cessionar auf Herausgabe des Scheins zu belangen, so bedarf doch der Schuldner, um utiliter im eignen Namen diese Klage anzustellen, keiner wirklichen Cession des Cedenten, sondern vermag sich sofort auf eine fingirte Cession zu stützen, weil hinsichtlich des Scheins, wie hinsichtlich des Faustpfandes [85]), die Annahme gerechtfertigt ist, der Cedent habe bei der Uebergabe desselben an den Cessionar nicht bloß die demnächstige Rückgabe bedungen, sondern auch den Endzweck des Rückgabegedinges, den Schein nach der Zahlung wieder in die Hände des Schuldners zu bringen, gleich dadurch zu fördern getrachtet, daß er statt seiner unmittelbar den Schuldner als den zur Rückforderung berechtigten ausdrücklich oder stillschwei-

26 §. 12, l. 65 §. 7. 8 D. de condict. ind. (12. 6), l. 23 D. de reb. cred. (12. 1). Voigt a. a. O. S. 320 f. — — [83]) l. 7 pr. D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4). — — [84]) S. Th. II, S. 240 not. 57. — — [84a]) l. 9 C. ad exhib. (3. 42). — — [85]) S. Th. I, S. 463.

gend namhaft gemacht, mithin zu Gunsten des Schuldners sein Interesse an der durch die Uebergabe begründeten directa actio praescr. verb. aufgegeben, und dem Schuldner sofort, wie wenn cedirt wäre, eine utilis praescr. verb. actio im eignen Namen verschafft hätte[86]). Das angebliche Bedürfniß des Verkehrs, dem Schuldner nach der dem Cessionar geleisteten Zahlung selbst ohne wirkliche Cession eine Klage auf Herausgabe des Schuldscheins gegen den Cessionar einzuräumen, bleibt also auch auf unserem Wege nicht unbefriedigt. Um so mehr ist die Regel festzuhalten, daß derjenige, welcher die Forderung aus einem streng einseitigen Formalcontracte cedirt, dadurch von keiner wegen Fehlerhaftigkeit der causa ihn treffenden condictio frei wird.

Auch bei ähnlichen mit Verbindlichkeiten in einer gewissen Beziehung stehenden Rechten darf der Cession der Rechte nicht die Wirkung beigelegt werden, den Cedenten der Verbindlichkeit zu entheben. Es ist deshalb keineswegs zu tadeln, daß die Praxis selbst in dem Falle, wenn sich die Verpflichtung des Gläubigers darauf beschränkt, zum Zweck des directen oder indirecten Gegenbeweises seine Geschäftsbücher (rationes) oder sonstige Urkunden dem Schuldner vorzulegen[87]), den Cedenten ohne Bedenken für schuldig erachtet, in dem vom Cessionar geführten Processe dem Cessus behuf Führung des Gegenbeweises die in seinem Besitz befindlichen Geschäftsbücher und Urkunden zu ediren[88]).

Fortsetzung.

C. Dingliche Rechte.

§. 33. Wer eine auf wirkliche oder fingirte Cession gestützte utilis in rem actio hat, ist Herr eines durch Verletzung dinglichen Rechts in der Person des Cedenten oder Quasicedenten entstandenen Anspruchs auf Wiederherstellung des dem Recht entsprechenden factischen Zustandes[1]), um sich den letzteren demnächst selber in der durch sein Rechtsverhältniß zum Cedenten oder Quasicedenten bestimmten Weise zu Nutze zu machen. Der Cessionar oder Quasicessionar als Inhaber einer utilis

---

86) S. Th. I, S. 431 ff. — — 87) l. 1, l. 5, l. 6, l. 8 C. de edendo (2. 1). Ueber diese Pflicht vergl. übrigens Heimbach im Rechtslexic. Bd. 11, S. 749 ff. Seuffert, Arch. III, Nr. 117. 118. X, Nr. 307. — — 88) Seuffert, Arch. XV, Nr. 167.

1) §. 5 J. de except. (4. 13): Item si in judicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat. S. Th. II, S. 5 ff.

in rem actio ist aber nicht schon als Herr des Klagerechts auch Herr des demselben zu Grunde liegenden dinglichen Rechts, welches vielmehr auch nach der Cession des Klagerechts in der Person des Cedenten oder Quasicedenten so lange fortdauert und fortwirkt, bis es durch die überhaupt geeigneten Uebertragungsformen den Herrn wechselt [2]). Die utilis in rem actio verfolgt freilich häufig den Endzweck, den Cessionar oder Quasicessionar zum Eigenthümer der eingeklagten Gegenstände zu machen [3]), ja das römische Recht erkennt dieses sogar als Regel an; denn wenn z. B. demjenigen, welcher zur Vermeidung einer reivindicatio arglistig des Besitzes sich entäußert hat, das Recht auf Cession und noch mehr die auf fingirte Cession gestützte utilis in rem actio versagt wird, ne in potestate cujusque sit, per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparare [4]): so hätte unmöglich die Verhinderung des Eigenthumserwerbs als Ursache der Cessions- und Quasicessionsversagung angegeben werden können, wäre der Eigenthumserwerb nicht mögliche und selbst gewöhnliche Folge der auf Grund der Cession oder Quasicession gegebenen utilis in rem actio gewesen. Allein diese mögliche und selbst gewöhnliche Folge der Cession oder Quasicession tritt doch nicht ein, bevor der Cessionar oder Quasicessionar vom dritten Besitzer im Namen des Cedenten oder Quasicedenten Besitz erlangt und diesen Besitz durch brevi manu traditio des Cedenten oder Quasicedenten in Eigenthumsbesitz und Eigenthum verwandelt hat [5]).

Die Natur der Sache verlangt also nicht, daß der Cessionar oder Quasicessionar mit dem Erwerbe der utilis in rem actio sofort auch das demselben zum Grunde liegende dingliche Recht erwerbe, setzt vielmehr den Nichterwerb des dinglichen Rechts voraus, weil der Cessionar oder Quasicessionar sonst direct die betreffende in rem actio würde anzustellen gehabt haben [6]), und fordert nur, daß der Cessionar und Quasicessionar im Stande sei, nicht bloß gegen die bestimmte einzelne Person, welche gerade zur Zeit der Cession oder Quasicession Besitzer war, sondern auch gegen jeden späteren Besitzer, ja gegen den später zum Besitz gelangten Cedenten selbst, den in der utilis in rem actio enthaltenen Anspruch auf schließlich eignen Besitz- und Eigenthumserwerb oder auf irgend welche andere Verwendung des dem dinglichen

---

[2]) Mühlenbr., Ceff. S. 247 ff. S. 507. — — [3]) l. 21, l. 63 D. de reiv. (6. 1), l. 14 §. 9 D. de servo corrupto (11. 3), l. 9 C. de her. vel act. (4. 10). — — [4]) l. 69, l. 70 D. de reiv. (6. 1). S. Th. I, S. 260 ff. — — [5]) l. 46, l. 47 D. de reiv. (6. 1), l. 6 D. de donat. (39. 5), l. 3 §. 13. 14 D. de usurpat. et usuc. (41. 3), l. 1 §. 2 D. pro donato (41. 6). — — [6]) l. 23 pr. D. de reiv. (6. 1).

Recht des Cedenten entsprechenden factischen Zustandes zu eignem Besten richten zu dürfen.

In der That ist diese Eigenschaft der utilis in rem actio außer Zweifel. Ueber die reivindicatio z. B. lehrt Papinian im 12. Buche der Quästionen: der gutgläubige Besitzer, welcher wegen culposen Besitzverlustes den Streitwerth zahlen müsse, könne Cession der reivindicatio verlangen oder selbst ohne Cession, wie wenn cedirt wäre, eine utilis in rem actio (actio quasi Publiciana) anstellen [7]. Von dieser in den Pandecten auf wirkliche oder fingirte Cession, in den Basiliken aber mit Verschweigung der fingirten nur auf wirkliche Cession [8]) gestützten utilis in rem actio heißt es dann weiter:

a. cum tamen Praetor auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente, nulla captione afficietur.

Die utilis in rem actio soll Hülfe gewähren: quolibet alio possidente. Gegenstand der Cession ist also der durch die Trennung des Besitzes vom Eigenthume auf Restitution gegen jeden Besitzer als solchen erwachsene, daher nicht bloß gegen den derzeitigen Besitzer beschränkte, sondern gegen alle späteren Besitzer sich erstreckende [9]) Anspruch, wie derselbe in der nur eines bestimmten Klägers, nicht aber eines bestimmten Beklagten erwähnenden intentio der in rem actio zu Tage tritt [10]). Damit stimmt überein, daß der Gläubiger die vom Schuldner nach vergeblichem Angebot gerichtlich hinterlegten Gelder, so lange sie in specie vorhanden sind, durch die ihm fingirt cedirte reivindicatio utiliter im eignen Namen gegen jeden Besitzer soll verfolgen können [11]), und daß in der mehrerwähnten Schenkungsurkunde vom J. 553 n. Chr. der Schenknehmer eines Landguts zum Zweck der reivindicatio entlaufener Sklaven gegen jeden Besitzer derselben von dem Schenker zum dominus et procurator in re sua bestellt worden ist [12]). Damit stimmt ferner überein, daß derjenige, welcher vom Nutznießer das Recht der Nießbrauchsausübung gekauft und dadurch als Quasicessionar eine utilis usus fructus vindicatio erhalten hat [13]), nach Marcian gegen jeden Störer seines Rechts vom Prätor geschützt werden soll [14]).

---

[7]) l. 63 D. de reiv. (6. 1). S. Th. I, S. 259 ff. Zimmermann in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 15, S. 109 ff. — — [8]) Basil. XV, 1 c. 63 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 30). — — [9]) l. 55 D. de reiv. (6. 1), l. 2 §. 2 D. de praetor. stipul. (46. 5). Mühlenbr., Cess. S. 507. — — [10]) Gaj. IV, 87. — — [11]) S. Th. I, S. 442 f. — — [12]) S. Th. I, S. 9 not. 27. S. 25 zu not. 32. — — [13]) S. Th. I, S. 201 ff. — — [14]) l. 11 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1): . . Nam et . . . emtorem usus fructus tuetur Praetor.

Wenden wir uns nun zu Papinian's Bruchstücke zurück, so fährt dasselbe hinsichtlich der utilis in rem actio fort:

b. Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente, debet adjuvari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia judicis periculo judicati recepit, restituere.

Die utilis in rem actio soll sogar dann Schutz gewähren[15]), wenn derjenige, welcher den Streitwerth empfangen hat, selbst zum Besitze der Sache zurückgelangt ist[16]), und nicht leicht soll darauf gehört werden, wenn derselbe später, um die Sache zu behalten, das Geld heimzahlen will, welches er nach der Bestimmung des judex (ex sententia judicis im Gegensatze eidlicher Bestimmung des Klägers) auf Gefahr des Verurtheilten (periculo judicati), der den verlorenen Streitgegenstand zu erlangen vielleicht kaum erwarten durfte, angenommen hat[17]).

Auch zu diesem auf den ersten Blick überraschenden, in der That aber — wie sich später zeigen wird — durchaus folgerichtigen Satze findet sich bei der utilis usufructus vindicatio desjenigen, welcher vom Nutznießer die Nießbrauchsausübung gekauft hat, eine Parallelbestimmung. Der oberwähnte Marcian[18]) verheißt nämlich demjenigen, welcher den Nießbrauch vom Nutznießer zum Pfande erhielt, nicht nur gegen Dritte Schutz, weil auch der Käufer der Nießbrauchsausübung gegen Dritte vom Prätor geschützt werde, sondern giebt sogar dem Pfandgläubiger aus demselben Grunde (eadem ratione), d. h. weil es beim Käufer der Nießbrauchsausübung ebenso gehalten werde, gegen den Nutznießer selbst eine der dinglichen Klage entsprechende Einrede, um so mehr also unter veränderter processualischer Conjunctur die betreffende dingliche Klage.

Ungeachtet dieser fast befremdenden und deshalb von neueren

---

15) cf. Schol. 157. 158 zu Basil. XV, 1 c. 63. Schol. 35—38 zu Basil. XV, 2 c. 16. 17 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 30. 49). — — 16) Basil. XV, 1 c. 63 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 30): *ἐπειδὴ καὶ ἑτέρου νεμομένου καὶ αὐτοῦ τοῦ λαβόντος τὴν ἀποτίμησιν βοηθεῖ ὁ πραίτωρ τῷ δεδωκότι* . . quoniam alio quoque possidente et ipso, qui aestimationem accepit, praetor ei, qui dedit, auxilium fert. — — 17) cf. l. 9 §. 1 D. de furt. (47. 2). Ob mit Windscheid (Voraussetzung S. 18) zur Erklärung der Satz zu nutzen sei, daß das ex causa judicati Gezahlte nicht condicirt werde, weil die Voraussetzung ermangele, steht dahin. — — 18) l. 11 §. 2 D. de hyp. (20. 1). A. M. Windscheid, actio S. 137. Muther a. a. O. S. 111 ff. — Siehe aber Arndts in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 8, S. 98 ff. 98 ff.

Rechtsgelehrten[19]) nicht selten in Abrede gestellten Eigenschaft der utilis in rem actio ist aber doch die Lage des Cessionars oder Quasicessionars von der Lage des dinglich Berechtigten nicht bloß theoretisch, sondern auch in ihren praktischen Folgen wesentlich verschieden, so daß es z. B. keineswegs gleichgültig ist, ob das Konnossement aufgefaßt wird als die Cession der dem Befrachter hinsichtlich der verladenen Waare zustehenden reivindicatio, oder als ein Mittel, das Eigenthum der Waare ohne Weiteres zu übertragen. Der Unterschied liegt darin, daß die utiles in rem actiones zwar gleich den entsprechenden directae in rem actiones gegen jeden Besitzer an sich zustehen, aber nicht gleich jenen Klagen gegen jeden Besitzer auch durchgesetzt werden können. Was nämlich

I. die utilis reivindicatio.

anbetrifft, so ist auf der einen Seite gewiß, daß der Eigenthümer einer Sache wirksam gegen Jedermann sich schützen kann, und daß selbst der auf die Publiciana in rem actio beschränkte bon. fid. possessor der exceptio dominii seines Auctor und aller Universal- und Singularsuccessoren desselben die replicatio rei venditae et traditae entgegensetzen darf[20]). Auf der anderen Seite ist aber ebenso gewiß, daß dem mit der utilis in rem actio[21]) (actio quasi Publiciana)[22]) auftretenden Cessionar oder Quasicessionar wider die exceptio dominii nur die gewöhnliche replicatio doli zur Seite steht[23]). Diese replicatio doli wirkt zwar gegen den Cedenten und gegen den Pfandgläubiger, welchem der Cedent nach der Cession das Eigenthum der Sache verpfändet hat, unbedingt[24]), gegen alle diejenigen aber,

---

[19]) Z. B. Ihering in Jahrb. f. Dogmat. I, S. 110. Siehe dagegen Bähr, das. S. 444. Pagenstecher, Lehre v. Eigenthum Th. III, S. 38 f. — — [20]) l. 2, l. 3 D. de exc. rei vend. et trad. (21. 3), l. 72 D. de reiv. (6. 1), l. 4 §. 32 D. de doli exc. (44. 4), l. 14 D. de Public. act. (6. 2), l. 22 D. rer. amotar. (25. 2), cf. l. 9 §. 2. 4 D. de Public. act. (6. 2). — — [21]) l. 9 C. de her. vel act. (4. 39). S. Th. I, S. 200 f. l. 63, l. 70 D. de reiv. (6. 1). S. Th. I, S. 259 ff. l. 21 D. eod., l. 14 §. 9 D. de servo corr. (11. 3), l. 35 §. 4 D. de contrah. emt. (18. 1), l. 25 §. 8 D. locati (19. 2), l. 14 pr. D. de furt. (47. 2), §. 3 J. de emt. (3. 24). — — [22]) l. 70 D. de reiv. (6. 1). S. Th. I, S. 259 ff. — — [23]) Schol. 35—38 zu Basil. XV, 2 c. 17 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 49). Schol. 4 zu Basil. LX, 5 c. 28 pr. (Heimb. V, p. 365), cf. l. 16, l. 17 D. de Publ. act. (6. 2), l. 27 §. 1, l. 28 D. de noxal. act. (9. 2), l. 57 D. mand. (17. 1). — — [24]) l. 4 §. 30 D. de doli exc. (44. 4), cf. l. 11 §. 1 D. ut in poss. legat. (36. 4). Dernburg, Pfandr. I, S. 283 not. 5. Seuffert, Veräußerungsverbot S. 21 bis 37.

welche nach der Cession vom Cedenten Eigenthum oder andere dingliche Rechte an der Sache erworben haben, nur insoweit, als sie den Erwerb auf eine causa lucrativa stützen oder im Fall einer onerosa causa Theilnehmer an dem dolus des Auctor gewesen sind[25]), und bleibt gegen den Sklaven, welcher vom Cedenten nach der Cession freigelassen worden ist, sogar vollkommen wirkungslos[26]), woraus sich erklärt, daß ein Rescript des Kaisers Alexander unverkennbar von der Voraussetzung ausgeht, der Pupill könne die vom Tutor vollzogene Freilassung eines mit dem Gelde des Pupillen angekauften Sklaven gegen den Freigelassenen nicht durch die dem Pupillen im früheren Rechte kraft fingirter Cession gegebene utilis in rem actio, sondern nur durch die demselben auf Grund eines stillschweigenden Pfandrechts daneben zustehende actio hypothecaria[27]) mit Erfolg anfechten[28]).

Der wirkliche oder fingirte Cessionar ist also durch seine utilis in rem actio nicht vollständig gesichert, bedarf vielmehr zu diesem Zwecke noch anderer Mittel, welche ihm das römische Recht so viel als möglich zu Gebote stellt, indem es dem Cedenten und Quasicedenten die Verpflichtung auferlegt, zu caviren: quod per se non fiat, possessionem ejus rei non traditum iri[29]); denn der Cessionar oder Quasicessionar vermag doch nun den Cedenten oder Quasicedenten, welcher nach zurückerhaltenem Besitze Eigenthum auf Dritte überträgt, nicht mehr bloß wegen arglistiger Besitzentäußerung als fingirten Besitzer mit der utilis in rem actio, sondern überdies mit einer wohl meistens bürgschaftlich versicherten actio ex stipulatu anzugreifen.

Die auf wirklicher oder fingirter Cession beruhende utilis in rem actio ist hiernach zu unterscheiden theils von der directa in rem actio, welche mit dem ohne Tradition vor sich gehenden Eigenthumserwerbe verbunden ist, theils von der utilis in rem actio, welche auf die Fiction erworbenen Eigenthums gestützt wird. Beides ist genauer darzulegen.

1. Die Verschiedenheit zwischen den Rechtsverhältnissen des zur utilis in rem actio berechtigten Cessionars oder Quasicessionars und

---

25) l. 4 §. 21. 27. 28. 29. 31 D. de doli exc. (44. 4), l. 149 D. de reg. jur. (50. 17), l. 6 D. de except. (44. 1), l. 3 C. de peric. et comm. rei vend. (4. 48). — — 26) l. 7 pr. D. de dolo malo (4. 3), l. 9 §. 6, l. 11 pr. D. de minor. (4. 4), l. 1, l. 2, l. 3 C. si advers. libert. (2. 31). — — 27) l. 7 pr. D. qui potior. (20. 4). S. Th. I, S. 103 not. 92. — — 28) l. 6 C. de servo pignori dato (7. 8), Basil. XLVIII, 15 c. 6 u. Schol. (Heimb. IV, p. 761). S. Th. I, S. 103 not. 92. S. 401 not. 30. — — 29) l. 47 D. de reiv. (6. 1). Schol. 1 a. E. zu Basil. XXVIII, 11 c. 22 pr. (Heimb. III, p. 308), Schol. 10 zu Basil. XV, 1 c. 46. 47 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 25).

des ohne Tradition, z. B. durch Vindicationslegat, Verwirkung[30]) oder nach früherem Rechte durch mancipatio, in jure cessio und nach heutigem Rechte etwa durch Umschreibung des Grundeigenthums in den öffentlichen Grund- und Hypothekenbüchern[31]), durch Konnossement[32]) ꝛc., zum Eigenthümer der Sache gemachten Singularsuccessor würde ohne Weiteres klar sein, wenn sie nicht in mehreren Stellen des Corpus juris, welche ursprünglich von dem ohne traditio durch mancipatio oder in jure cessio vermittelten Eigenthumsübergange handelten[33]) oder aus anderen Gründen erst durch Interpolationen und Umdeutungen auf das Cessionsverhältniß bezogen wurden, vielleicht absichtlich verwischt wäre[34]), um desto sicherer das Ziel zu erreichen, daß alle ursprünglich für Eigenthumsübertragungen bestimmten Veräußerungsverbote auf das in seinen Wirkungen einer traditionslosen Eigenthumsübertragung insoweit ähnliche Verhältniß einer zum Zweck demnächstigen Eigenthumserwerbs durch wirkliche oder fingirte Cession verliehenen utilis in rem actio angewandt werden. Beispiele der Art finden sich unter anderen bei den Verboten der Veräußerung streitiger Sachen[35]) und judicii mutandi causa[36]).

In der letzteren Beziehung heißt es namentlich bei

Ulpianus lib. 5 Opinionum[37]).

Cum miles postulabat, suo nomine litigare de possessionibus, quas sibi donatas esse dicebat, responsum est, si judicii mutandi causa donatio facta fuerit, priorem dominum experiri debere, ut rem magis, quam litem in militem transtulisse credatur.

Das Edict de alienatione judicii mutandi causa facta war

---

30) l. 14 D. de publican. et vectig. (39. 4). — — 31) Braunschw. Ges. v. 19. März 1850 §. 3. 4 (G. u. V. S. 1850 Nr. 22). Königl. Sächs. Ges. v. 6. Nov. 1843, die Grund- und Hypothekenbücher betr. §. 2. Vergl. Siegmann, Comment. S. 26. 39. 41 ff. B. G. B. f. Sachsen §. 287. Oesterr. G. B. §. 431. — — 32) A. D. H. G. B. Art. 649. — — 33) Vergl. außer den später angeführten Stellen auch l. 16 D. de fundo dot. (23. 5), Basil. XXIX, 6 c. 16 mit Schol. (Heimb. III, p. 494 sq.). — — 34) Daher scheinen die Mißverständnisse zu rühren, welche sich meines Erachtens finden bei Zimmermann in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 15, S. 110 ff; bei Ihering in Jahrb. f. Dogmat. I, S. 102 – 120; bei Heimbach im Rechtslexic. Bd. 13, S. 59 f.; bei Pagenstecher, Lehre v. Eigenth. Th. III, S. 38. — — 35) l. 2 C. de litig. (8. 37), l. 1 §. 1 D. eod. (44. 6), l. 16 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8). — — 36 u. 37) l. 11 D. de alien. jud. m. c. (4. 7). S. Th. I, S. 25. 218.

ursprünglich gegen Sachveräußerungen gerichtet, welche arglistig einen beschwerlichen Gegner vorzuschieben bezweckten [38]). Ulpian muß daher, zumal überdies die Schenkung einer actio nach vorjustinianeischem Rechte den beschenkten procurator in rem suam nur direct im Namen des Cedenten, nicht utiliter im eignen Namen zu klagen berechtigt haben würde [39]), ursprünglich einen Fall vor Augen gehabt haben, in welchem ein Soldat, der durch Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem Schenker unter die vom Cincischen Gesetz ausgenommenen Personen gehörte [40]), ohne Tradition durch mancipatio oder in jure cessio mit dem Eigenthume gewisser in fremdem Besitz befindlicher Grundstücke (possessiones) [41]) beschenkt worden war, und diese Grundstücke mit der direct im eignen Namen angestellten reivindicatio gegen den Besitzer einzuklagen versuchte [42]). In diesem Falle war in der That das Eigenthum sofort vom Schenker auf den Beschenkten übergegangen, so daß unmittelbar die Besitzungen als Gegenstände des Geschenks, der Schenker als früherer und der Beschenkte als gegenwärtiger Eigenthümer bezeichnet werden konnten und mußten, und die reivindicatio des Beschenkten der Einrede aus dem Edict de alienatione judic. m. c. unterlag, weil Soldaten ihrer mannigfachen Vorrechte halber als beschwerliche Gegner galten [43]).

Das Justinianeische Recht nach Abschaffung der mancipatio und in jure cessio gestattet bei den Worten Ulpian's nicht mehr ein Geschenk des Eigenthums zu denken, sondern nur noch ein zum Zweck demnächstigen Eigenthumserwerbs gemachtes Geschenk der Eigenthumsklage [44]), die Justinian dem beschenkten procurator in rem suam inzwischen auch als im eignen Namen anzustellende utilis actio gewährt hat [45]). Allein gerade der Umstand, daß das Geschenk der Eigenthumsklage im letzten Erfolge bezweckt, dem Beschenkten durch die ihm ermöglichte Besitzerlangung Eigenthum zu verschaffen, erklärt, warum Justinian das Edict de alienatione jud. m. c. auf diesen Fall erstreckt wissen will, und die früher auf die unmittelbare Eigenthumsübertragung bezüglichen Worte ohne weitere Veränderung auf die an deren Stelle getretene mittelbare Eigenthumsüberlassung bezieht, obwohl sie der veränderten Sachlage nicht genau entsprechen.

---

[38]) l. 1 D. de alien. jud. m. c. (4. 7) . . . alienando rem. — — [39]) S. Th. I, S. 20 ff. — — [40]) fr. Vat. §§. 266. 310. 311. 313. — — [41]) S. Th. I, S. 25 not. 29. — — [42]) Denselben Fall hatte Papinian in l. 48 D. de reiv. (6. 1) vor Augen. — — [43]) l. 4 §. 8 D. de re milit. (49. 16). Juvenal. satyr. XVI, 49 sqq. cf. l. 43 D. de oper libert. (38. 1), l. 31, l. 35 C. locati (4. 65). — — [44]) S. Th. I, S. 25. — — [45]) S. Th. I, S. 24.

Hauptziel Justinian's bleibt immer, daß statt des Beschenkten vielmehr der Schenker die reivindicatio anstelle, ut rem magis, quam litem transtulisse credatur, d. h. damit man unbedenklich glauben könne, der Schenker habe die früher unmittelbar, jetzt wenigstens mittelbar auf Sachveräußerung gerichtete Form des Geschäfts in Wahrheit zu diesem Zwecke und nicht bloß zur arglistigen Uebertragung der Proceßführung auf den durch Vorrechte begünstigten Soldaten verwenden wollen.

Ein zweites Beispiel gleich ungenauer Redeweise liefert die interpolirte[46]) Constitution Constantin's, welche in dem erst von Justinian ihr gegebenen Sinne lite pendente die Cession dinglicher Klagen verbietet und dafür den gleichfalls erst von Justinian herrührenden Ausdruck gebraucht:

res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in conjunctam personam vel extraneam donationibus vel emtionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat[47]).

Auch diese Worte beziehen sich auf die cessionsweise Uebertragung einer utilis in rem actio suo nomine, da nach der litiscontestatio kein Klagstoff mehr durch processualische Delegation übertragbar ist[48]). Deßungeachtet darf man als gewiß annehmen, es habe nicht bestimmt werden sollen, daß sofort mit dem durch Cession oder Quasicession bewirkten Uebergange der utilis in rem actio das Eigenthum der Sache auf den Cessionar oder Quasicessionar übergehe. Nur das ist auch aus dieser Constitution wieder zu ersehen, daß die zunächst für Eigenthumsübertragungen berechneten Verbote, wie sie überhaupt weniger nach dem Buchstaben als nach dem Sinne und Geiste angewandt werden[49]), so in Gemäßheit der Regeln: Rem amisisse videtur, qui adversus nullum ejus persequendae actionem habet[50]), und: Is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur[51]) auf den der traditionslosen Eigenthumsübertragung

---

[46]) Ohne ausreichenden Grund sieht Francke (Comment. zum Pandectentitel de her. pet. S. 32 not. 5, S. 36) vielmehr in l. 2 C. J. de litig. (8. 37) den ursprünglichen, in l. un. §. 1 C. Th. eod. (4. 5) den durch die Westgothen verfälschten Text. cf. lex Bajuvar. XIV, 5. lex Visigoth. V, 4. 9. Edict. Theodor. art. 43 (bei Georgisch S. 2214). — — [47]) l. 2 C. de litig. (8. 37) in Vergleich mit l. un. §. 1 C. Th. eod. (4. 5). cf. Basil. XXVII, 1 c. 2 (Heimb. III, p. 147). Interpr. Basil. XIV, 1 c. 82 (Heimb. II, p. 149 nr. 2). — — [48]) S. Th. II, S. 90 ff. — — [49]) l. 7 §. 6 D. de reb. eor. qui (27. 9), l. 38 pr. D. de legat. III (32). S. Th. I, S. 335 ff. — — [50]) l. 14 §. 1 D. de V. S. (50. 16). — — [51]) l. 15 D. de reg. jur. (50. 17), cf. l. 52

in seinen Wirkungen nahe stehenden Fall cessions- oder quasicessionsweise zum Zweck demnächstigen Eigenthumserwerbs geschehener Uebertragung von utiles in rem actiones ausgedehnt worden sind.

Die oben hervorgehobenen Unterschiede zwischen der cessions- oder quasicessionsweisen Uebertragung der Eigenthumsklage und der traditionslosen Uebertragung des Eigenthumsrechts bleiben also trotz dieser scheinbar widersprechenden Quellenzeugnisse unerschüttert und werden fortwährend selbst insofern anerkannt, als neuere Gesetzgebungen zwar zur traditionslosen Uebertragung von unbeweglichem Eigenthum [52]), nicht aber zur Cession einer auf dergleichen Eigenthum gerichteten Vindication [53]) die Eintragung in öffentliche Grund- und Hypothekenbücher erfordern.

2. Noch leichter der Verwechselung ausgesetzt ist der wichtige Unterschied zwischen den auf der Fiction des Eigenthums am Klagerechte beruhenden utiles in rem actiones, wie sie dem Cessionar und Quasicessionar gebühren, und zwischen den auf die Fiction des Eigenthums an der Sache gestützten utiles in rem actiones, wie sie denjenigen Personen gegeben sind, welche ein sog. dominium utile anzusprechen haben, namentlich dem Superficiar [54]), Emphyteuta [55]), Vasallen [56]); demjenigen, auf dessen Tafel ein Anderer gemalt hat [57]), dessen Baum in ein fremdes Grundstück gepflanzt und eingewurzelt ist [58]), der eine Sache sub modo [59]) oder unter einer später nicht ein-

---

D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 143 D. de V. S. (50. 16). — — [52]) Oesterr. G. B. §. 431. B. G. B. f. Sachsen §. 287. — — [53]) Oesterr. G. B. §§. 1392. 1393. B. G. B. f. Sachsen §. 994 in Verbindung mit §§. 980. 989. — — [54]) l. 9 §. 1 D. de damno inf. (39. 2) . . . si solum sit alterius, superficies alterius. l. 3 §. 7 D. uti possid. (43. 17) . . . quasi dominus moratur. l. 1 §. 1. 3. 4. 6. 9 D. de superfic. (43. 18), l. 1 pr. D. quib. mod. usufr. (7. 4), l. 16 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 73 §. 1 — l. 75 D. de reiv. (6. 1), l. 12 §. 3 D. de Publ. act. (6. 2). Arch. f. civ. Pr. Bd. 44, S. 121 ff. — — [55]) l. 25 §. 1 D. de usur. (22. 1) . . . vectigalem fundum habet. l. 5 C. Th. de censit. (3. 11) . . . pristini domini . . l. 12 C. de fundo patrim. (11. 61) . . . cum fundorum sint domini. l. 66 D. de evict. (21. 2), l. 1 §. 1 D. si ager vectig. (6. 3), l. 1 pr. D. quib. mod. usufr. (7. 4), l. 16 §. 2 D. de pignor. act. (13. 7), l. 13 §. 2 D. de Publ. act. (6. 2). — — [56]) II. Feud. 8 pr.: Rei autem per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tanquam dominus possit . . . quasi vindicare et . . . defensionem opponere. cf. Glosse zu II. Feud. 43. — — [57]) §. 34 J. de rer. div. (2. 1), Theophil. h. l. ὡσανεὶ ἐπήρχον δεσπότης. Gaj. II, 78. l. 9 §. 2 D. de acquir. rer. dom. (41. 1). Epit. Gaj. II, 1 §. 4. 6. cf. l. 23 §. 3 D. de reiv. (6. 1). — — [58]) l. 5 §. 3 D. de reiv. (6. 1), cf. l. 9 §. 2 D. de damn. inf. (39. 2), l. 26 §. 2 D. de acquir. rer. dom. (41. 2). — — [59]) l. 1 C. de don. quae sub modo

getretenen Voraussetzung verschenkt hat[60]): ferner denjenigen, welche der allgemeinen Regel zuwider[61]) die mit ihrem Gelde von Anderen angeschafften Sachen vindiciren können, insbesondere dem Soldaten in Betreff der von seinem Mandatar oder Geschäftsführer[62]), dem Pupillen in Betreff der von seinem Vormunde[63]), dem Ehegatten in Betreff der mit geschenktem Gelde vom anderen Ehegatten[64]), dem Argentarius in Betreff der mit seinem Gelde von jedem Anderen angekauften Sachen[65]); endlich dem Ehegatten in Betreff des durch Specification des beschenkten Ehegatten aus dem geschenkten Gegenstande entstandenen neuen[66]), und der Ehefrau, welche Dotalsachen nach getrennter Ehe mit der Eigenthumsklage verfolgt[67]). Dieser Art von utiles in rem actiones liegt wirklich ein dem Inhalte des directen Sacheigenthums in größerem oder geringerem Umfange, sowohl der Form als der Wirkung nach entzogenes Stück dinglichen Rechts, ein von den Neueren sog. utile oder quasi dominium[68]) zum Grunde, welches einerseits den dominus directus nicht abhält, das ihm verbliebene Stück dinglichen Rechts durch eigne in rem actiones zu verfolgen[69]), andererseits den dominus utilis theils befähigt, den vindicirten Gegenstand vom Besitzer unmittelbar im eignen Namen in Empfang zu nehmen, auch sein Recht gegen jeden Nachfolger des

(S. 55) . . actio, qua pristinum dominium restituatur, d. h. eine Klage, in welcher (vermittelst Fiction) das verlorene Eigenthum wiederhergestellt wird. Kindervater in Jahrb. f. gem. R. VI, S. 349 ff. — — [60]) l. 29, l. 30 D. de mort. c. don. (39. 6), l. 15 C. de don. a. n. (5. 3) = l. 2 C. Th. de sponso (3. 5). Ihering in Jahrb. f. Dogmat. I, S. 124 ff. Nach vorjustinianeischem Rechte auch im Falle des fr. Vat. §. 272, woselbst zu lesen ist: Fundus . . . et decuria . . . recte sive in rem actione sive condictione repetentur. Voigt, über condictt. ob caus. S. 808. — — [61]) l. 3 C. si quis alteri (4. 50), cf. l. 12 C. de J. D. (5. 12). — — [62]) l. 8 C. de reiv. (3. 32). S. Th. I, S. 409 not. 13. — — [63]) l. 2 D. quando ex facto tut. (26. 9), l. 3 C. arbitr. tut. (5. 51). S. Th. I, S. 401 not. 30. Kindervater a. a. O. S. 353 f. — — [64]) l. 29 pr., l. 55 D. de don. int. V. et U. (24. 1), l. un. §. 5 C. de rei uxor. act. (5. 13). Voigt a. a. O. S. 801 f. — — [65]) Nov. 136 c. 3. . . . liceat haec tanquam sua vindicare. — — [66]) l. 29 fin., l. 30 D. de donat. int. V. et U. (24. 1). — — [67]) l. 30 C. de jure dot. (5. 12): . . in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere. cf. l. 54, l. 26, l. 27 D. de jure dot. (23. 3), l. 22 §. 13 D. sol. matrim. (24. 3). Schol. 4. 5 zu Basil. XXIX, 1 c. 117 (Heimb. III, p. 446). — — [68]) Glosse zu l. 1 D. si ager vect. (6. 3), zu l. 2 D. de superf. (43. 18), zu l. 1 C. de thesaur. (10. 15), zu l. 3 D. de usurp. (41. 3). Bartol. zu l. 16 D. de possess. (41. 2). Alvarotti, lect. in usus feud. Prooem. nr. 45. Mühlenbr., Cess. S. 250 ff. Thibaut, Vers. Th. II, S. 66 ff. — — [69]) l. 1 §. 4 D. de superfic. (43. 18), §. 34 J. de rer. div. (2. 1), l. 30 C. de jure dot. (5. 12) in Verbindung mit l. 24 D. rer. amot. (25. 2), l. 3 §. 1 D. de Public. act. (6. 2).

dominus directus, wie gegen diesen selbst, klagend durchzusetzen[70]), theils nöthigt, bei der Berechnung des Interesse nichts anderes als den Geldwerth seines dominium utile in Anschlag zu bringen und den etwa mit der utilis in rem actio concurrirenden Anspruch auf Erwerb des dominium directum durch eine eventuell zur Verurtheilung in dessen Geldwerth führende condictio ob causam geltend zu machen[71]). Wie ganz anders wirkt die auf erdichtetem Eigenthume am Klagrechte beruhende utilis in rem actio des Cessionars und Quasicessionars! Sie hebt die directa in rem actio des Cedenten ihrem ganzen Umfange nach ope exceptionis auf, nöthigt den Cessionar, den vindicirten Gegenstand wenigstens zunächst im Namen des Cedenten in Empfang zu nehmen und von der Durchführung des Anspruchs gegen den gutgläubig auf eine causa onerosa sich berufenden Eigenthumsnachfolger des Cedenten abzustehen, befähigt dafür aber auch denselben, bei der Veranschlagung des Interesse den Werth des ihm etwa vorenthaltenen Erwerbs von dominium directum zur Berechnung zu ziehen. Gleichwohl ist nicht zu leugnen, daß dieser erhebliche Unterschied zwischen beiden Klaggattungen von älteren und neueren Rechtslehrern häufig übersehen worden ist[72]) und noch täglich übersehen wird[73]), mithin abermaliger Einschärfung allerdings dringend bedürftig zu sein scheint.

---

[70]) l. 1 §. 1 D. si ager vectig. (6. 3), l. 30 C. de jure dot. (5. 12). Daß in letzterer Stelle die dingliche Klage ungeachtet der Worte: si tamen res extant auch gegen dritte Besitzer gehe, folgt aus der im Gesetz erwähnten Möglichkeit einer temporalis exceptio per usucapionem inducta, welche nur gegen die in rem actio und doch nicht auf Seiten des Mannes, sondern nur auf Seiten dritter Besitzer denkbar ist. Windscheid, actio S. 218. Kindervater a. a. O. S. 343. 355 ff. Dasselbe bezeugt auch Schol. zu Basil. XV, 4 c. 21 (Heimb. II, p. 178). — — [71]) Gaj. II, 79. §. 26 J. de rer. div. (2. 1), l. 1 C. de don. sub mod. (8. 55), l. 30 D. de donat. m. c. (39. 6), l. 15 §. 1 C. de donat. a. n. (5. 3), l. 67 D. de jure dot. (23. 3), fr. Vat. §. 272. S. S. 338 not. 60. Vergl. Voigt a. a. O. S. 824 ff. — — [72]) Glosse zu l. 3 D. fam. herc. (10. 2), zu l. 63 D. de reiv. (6. 1), zu l. 9 C. de her. vel act. (4. 39). Salicet. summarium ad h. l. . Saliceti comment. ad l. 1 C. de O. et A. (4. 10), nr. 20—30 p. 541 sq. Brunnemann, tract. de cess. act. c. 1 p. 36. Vect. comment. in Pand. VI, 1 nr. 21. Windscheid, Voraussetzung S. 66. Zimmermann in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 15, S. 108 ff. In geringerem Grade Ihering in Jahrb. f. Dogmat. I, S. 104 ff. Becker in Jahrb. f. gem. Recht IV, S. 204 ff. Pagenstecher, Lehre v. Eigenth. Abth. III, S. 22 ff. Fastenrath, de reivindic. utili. Berolini 1860. Am wenigsten Voigt, über condictiones ob causam S. 798—808. Kindervater in Jahrb. f. gem. Recht VI, S. 337. — — [73]) Z. B. Zaun im Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. I, S. 46 f. not. 45, welcher auch sonst vielem Richtigen manches Irrige untermischt.

II. Die utilis ususfructus vindicatio [74])

des Cessionars oder Quasicessionars steht zum Nießbrauchsrechte des Cedenten oder Quasicedenten in demselben Verhältniß, wie die utilis reivindicatio des Cessionars oder Quasicessionars zum Eigenthumsrechte des Cedenten oder Quasicedenten, mit der einzigen in der verschiedenen Natur des Eigenthumsrechts und des Nießbrauchsrechts begründeten Abweichung, daß die mit Erfolg durchgeführte utilis reivindicatio dem Cessionar oder Quasicessionar meistens zugleich Gelegenheit zum Eigenthumserwerbe darbietet, die mit Erfolg durchgeführte utilis ususfructus vindicatio dagegen bei der Unmöglichkeit der Nießbrauchsveräußerung nie weiter als zur Detention behuf Ausübung des fremden Nießbrauchsrechts zu führen vermag. Da nämlich der Nießbrauch bezweckt, daß durch den dinglich gesicherten Genuß einer Sache die Bedürfnisse einer individuell bestimmten Person befriedigt werden, so kann sich der Usufructuar seines Rechts selbst (ipsum jus) nur an den Proprietar [75]), nicht an Dritte [76]) entäußern, obgleich er im Stande ist, die Ausübung seines Rechts auch wider Willen des Proprietars [77]) entgeltlich oder unentgeltlich, vorübergehend oder dauernd z. B. mitt-, miethweise [78]) oder schenk- [79]), kaufweise [80]) an Dritte zu überlassen (rem fruendam concedere) [81]). Diese Ausübungsüber-

---

[74]) S. Puchta im Rhein. Mus. I, S. 143 ff. v. Löhr in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 13, S. 141 ff. Dernburg, das. N. F. Bd. 2, S. 53. Arndts, ebendas. N. F. Bd. 8, S. 88 ff. Windscheid, actio S. 135 ff. Muther a. a. O. S. 102 ff. — — [75]) Gaj. II, 30. §. 30 J. de usufr. (2. 4), l. 66 D. de jure dot. (23. 3), Paul. sent. rec. III, 6 §. 32. l. 3 §. 3 D. de legat. III (32), l. 20 D. de serv. P. R. (8. 3). Schol. 13 zu Basil. XVI, 4 c. 4 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 102). — — [76]) l. 18 D. quib. mod. ususfr. (7. 4), l. 15 D. fam. herc. (10. 2), Basil. XLII, 3 c. 16 pr. (Heimb. IV, p. 256). — — [77]) l. 67 D. de usufr. (7. 1). Schol. 125 zu Basil. XVI, 1 c. 67 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 91). — — [78]) l. 12 §. 2, l. 13 §. 8, l. 15 §. 5, l. 27 §. 1, l. 38 D. de usufr. (7. 1), l. 29 pr. D. quib. mod. ususfr. (7. 4), fr. Vat. §. 41. l. 9 §. 1 D. locati (19. 2), §. 1 J. de usu et hab. (2. 5), l. 10 C. eod. (3. 33), l. 13 C. eod. — — [79]) l. 12 §. 2, l. 38, l. 40 D. de usufr. (7. 1), §. 1 J. de usu et hab. (2. 5), cf. l. 9 §. 1 D. de donat. (39. 5). v. Meyerfeldt, Schenk. I, §. 7 Nr. 11 not. 98. §. 11 Nr. 4—6. — — [80]) §. 1 J. de usu et hab. (2. 5), l. 12 §. 2, l. 38, l. 39, l. 67 D. de usufr. (7. 1), l. 11 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1), l. 8 pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5), l. 10 §. 15 D. quae in fraud. cred. (42. 8), l. 3 §. 8 D. de reb. eor. qui (27. 9), fr. Vat. §. 41, l. 8 §. 2 D. de peric. et com. (18. 6), l. 27 §. 11 D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5). — — [81]) l. 12 §. 2 D. de usufr. (7. 1), §. 1 J. de usu et hab. (2. 5). cf. v. Meyerfeldt, Schenk. I, §. 11 Nr. 8.

lassung an sich, welche des Nießbrauchsrechts unbeschadet selbst an den Proprietar geschehen kann[82]), ist bei dem Precaristen dem willkürlichen Widerrufe des Nutznießers unterworfen, bei dem Pächter, Schenknehmer, Käufer zwar gegen Beeinträchtigungen des Nutznießers, nicht aber gegen Beeinträchtigungen Dritter geschützt. Der Miether z. B. ist auf die actio, beziehungsweise exceptio conducti, der Schenknehmer nach älterem Recht auf die allein denkbaren Rechtsmittel aus der venditio nummo uno[83]) oder aus den pactiones et stipulationes[84]), und nach neuerem Recht auf die erst durch Justinian eingeführte condictio beziehungsweise exceptio ex lege 33 C. de donat. (8. 54), der Käufer auf die actio, beziehungsweise exceptio emti beschränkt; ein Jeder also von Rechtsmitteln gegen dritte Personen vollkommen entblößt, wenn sie ihm nicht entweder in jedem einzelnen Falle oder, da auch ungewisse und zukünftige Klagen cessibel sind[85]), im Allgemeinen ein für alle Mal durch wirkliche oder fingirte Cession des Nutznießers eingeräumt werden. Geschieht dieses aber, so ist der Cessionar oder Quasicessionar im Stande, durch die im eignen Namen anzustellenden utiles actiones, wie durch die den Klagen entsprechenden Einreden unabhängig von dem Willen des Nutznießers gegen Dritte überhaupt und gegen den Proprietar insbesondere, ja sogar gegen den später zur Detention der nießbrauchspflichtigen Sache zurückgelangten Nutznießer selbst sich in der Ausübung des fremden Nießbrauchsrechts zu schützen[86]).

Deßungeachtet ist der Cessionar oder Quasicessionar, z. B. der Käufer der Nießbrauchsausübung, nur dominus actionis; denn das Nießbrauchsrecht selbst verbleibt ungeschmälert dem Verkäufer[87]). Folgen dieses Verhältnisses sind: die usufructuarische Caution wird vom Verkäufer ausschließlich geleistet[88]); die Ausübung der quasi possessio geschieht vom Käufer nicht anders, als im Namen des Verkäufers[89]); Besitz und Eigenthum der percipirten Früchte wird zuvörderst vom Käufer für den Verkäufer erworben und dann erst vermöge der vom

---

82) l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. ususfr. (7. 4), l. 78 §. 1 D. de jure dot. (23. 3). — — 83) l. 66 D. de jure dot. (23. 3). S. Th. I, S. 201 f. Leist, Mancipation S. 167 ff. — — 84) l. 57 D. soluto matrim. (24. 3). S. Th. I, S. 201 f. — — 85) S. Th. II, S. 284 ff. — — 86) l. 11 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — 87) l. 12 §. 2, l. 38 — l. 40 D, de usufr. (7. 1), l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. usufr. (7. 4), l. 66 D. de jure dot. (23. 3). S. Th. I, S. 201 ff. — — 88) l. 9 §. 1 D. ususfr. quemadm. cav. (7. 9) in Verbindung mit dem Satze der Turiner Glosse: usufructuarius usufructuarium facere non potest. S. v. Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter. 2. Ausg. Th. II, S. 438. — — 89) l. 38 D. de usufr. (7. 1), l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. ususfr. (7. 4).

Verkäufer gewollten traditio br. man. auf den Käufer übertragen; endlich das Klagerecht des Käufers ist durch das Fortbestehen des Rechts in der Person des Verkäufers bedingt, so daß dieses durch non usus nicht untergeht, ohne jenes zugleich aufzuheben[90]), jenes aber einerseits mit dem Tode und der capitis deminutio des Verkäufers erlischt[91]), andererseits die capitis deminutio des Käufers überdauert und sogar nach dem Tode des Käufers auf dessen Erben sich fortpflanzt[92]).

Freilich wird der Nießbrauchsverkauf insofern als eine Art von alienatio betrachtet, als er für den Käufer dauernd eine von dem ferneren Willen des Verkäufers unabhängige Ausübung des Nießbrauchsrechts des Verkäufers ermöglicht und daher der obervormundschaftlichen Genehmigung bedarf, wenn er über den Nießbrauch eines Pupillen an fremden Grundstücken abgeschlossen wird[93]); allein darin liegt doch nur eine Ausdehnung des durch die oratio Severi eingeführten Veräußerungsverbots auf die wirkliche oder fingirte Cession der usufructus vindicatio, wie wir sie hinsichtlich anderer Veräußerungsverbote bei der reivindicatio in gleicher Weise bereits kennen gelernt haben[94]). Daß das Klagerecht des Käufers aus einer fingirten Cession abzuleiten sei, wird dadurch nicht widerlegt. Die utilis usufructus vindicatio des Käufers wird also zwar gegen den Pfandgläubiger, welcher den Nießbrauch nach dem Verkaufe und der damit verbundenen Cessionsfiction zum Pfande erhielt[95]), in derselben Maße als gegen den Verpfänder selbst durchgesetzt werden können, gegen den Proprietar aber, welcher den Nießbrauch später durch die Rückveräußerung des Nutznießers erwarb, nur insofern, als er seinen Erwerb auf eine causa lucrativa stützt, oder am dolus des Veräußerers Theil genommen hat[96]).

Ganz anders verhält es sich mit derjenigen utilis usufructus vindicatio, welche nicht auf die Fiction des Eigenthums am Klage-

---

[90]) l. 38 D. de usufr. (7. 1), l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. ususfr. (7. 4). — — [91]) Schol. 4 5 zu Basil. XXIX, 1 c. 62 (Heimb. III, p. 402); cf. Ulp. fr. XI, 6. 7, l. 8 §. 2 D. de per. et com. (18. 6). — — [92]) l. 8 §. 2 D. de per. et com. (18. 6), l. 57 D. sol. matr. (24. 3). S. Th. I, S. 201 ff. — — [93]) l. 3 §. 5 D. de reb. eor. (27. 9), cf. l. 80 §. 3 D. de contrah. emt. (18. 1). Senec. de benef. V, 10. — Warum nach Arndts (Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 8, S. 97 not. 10) unter alienatio ususfr. nur das Aufgeben des Rechts selbst, nicht das gleich gefährliche Aufgeben der Rechtsausübung zu verstehen sei, ist nicht abzusehen. — — [94]) S. Th. II, S. 334 ff. Eine ähnliche Ausdehnung enthält l. 5 §. 8 D. de reb. eor. (27. 9). Arch. f. civil. Prax. Bd. 47, S. 383 f. — — [95]) l. 4 §. 30 D. de doli exc. (44. 4). — — [96]) l. 4 §. 27. 28. 29. 31 D. de doli exc. (44. 4).

rechte, sondern auf die Fiction des Eigenthums am Nießbrauchs-rechte selbst gegründet ist[97]). Denn dieser utilis ususfructus vindicatio, welche z. B. dem Fideicommissar, dem der Legatar einen ihm selbst vermachten Nießbrauch restituirt hat, gegeben wird[98]), liegt ein wirkliches, nur nicht durch das Civilrecht, sondern durch prätorischen Schutz aufrecht gehaltenes Nießbrauchsrecht zum Grunde, neben dem das civile Nießbrauchsrecht des Legatars nur formell ein Schattendasein fristet. Daher ist die usufructuarische Caution nicht vom Legatar, sondern vom Fideicommissar, und zwar, je nachdem der Legatar zugleich im eignen Interesse oder lediglich im Interesse des Fideicommissars direct zum Träger (minister) des Nießbrauchs gemacht ist, mithin Aussicht oder keine Aussicht hat, den Nießbrauch vom Fideicommissar zurückzuempfangen, entweder unmittelbar dem Proprietar, oder erst dem Legatar und von diesem wieder dem Proprietar zu leisten[99]); die utilis usufructus vindicatio des Fideicommissars erlischt nicht mit dem Tode und Statusverluste des Legatars, sondern mit dem Tode und Statusverluste des Fideicommissars[100]); endlich die Ausübung der quasi possessio vom Fideicommissar geschieht nicht im Namen des Legatars, sondern in seinem, des Fideicommissars, eignem Namen, so daß Besitz und Eigenthum der percipirten Früchte unmittelbar und nicht erst durch die Person des Legatars hindurch vom Proprietar auf den Fideicommissar übergeht, und dieses den Untergang des für den Legatar nach Civilrecht begründeten usufructus nicht verhindert, sondern wegen Nichtgebrauchs herbeiführt, aber ebendeshalb auch den für die Person des Fideicommissars nach prätorischem Recht selbständig bestehenden usufructus nicht beeinträchtigt[101]). Nichts anderes besagt folgendes Bruchstück aus Ulpian's 17. Buche zum Sabinus[102]):

Idem Pomponius quaerit, si legatum mihi usumfructum rogatus sum tibi restituere, an per te frui videar nec amittatur ususfructus? Et ait: dubitare se de hac quaestione. Sed

---

97) l. 3 D. si ususfr. pet. (7. 6) . . . dominium ususfructus . . in Verbindung mit l. 29 D. de usu et usufr. leg. (33. 2), l. 29 §. 2 D. quib. mod. ususfr. (7. 4), cf. l. 1 §. 9 D. de superfic. (43. 18). Schol. 11 zu Basil. XVI, 4 c. 4 und Schol. 2 zu Basil. XVI, 6 c. 3 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 102. 112). Diesen Unterschied scheint zu übersehen Windscheid, actio etc. S. 135 ff. — — 98) S. not. 97. — — 99) l. 1 §. 2, l. 9 pr. §. 1 D. ususfr. quemadm. (7. 9), l. 17 pr. D. de legat. II (31). — — 100) l. 4 D. quib. mod. ususfr. (7. 4), l. 29 D. de usufr. leg. (33. 2), cf. l. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. (7. 4), fr. Vat. §. 61. Schol. 11—13 zu Basil. XVI, 4 c. 4 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 102). — — 101) l. 4 D. quib. mod. ususfr. (7. 4), l. 3 D. si ususfr. pet. (7. 6). — — 102) l. 29 §. 2 D. quib. mod. ususfr. (7. 4). Schmidt in Jahrb. d. gem. R. III, S. 260 f. not.

est verius, quod Marcellus notat: nihil hanc rem fideicommissario nocere; suo enim nomine utilem actionem habiturum.

Pomponius glaubt die Quasibesitzausübung des Fideicommissars nicht als eine Bethätigung des civilen Nießbrauchsrechts für den Legatar, sondern als eine Bethätigung des prätorischen Nießbrauchsrechts für den Fideicommissar selbst betrachten und ungeachtet oder vielmehr wegen der Quasibesitzausübung des Fideicommissars den Verlust des civilen Nießbrauchsrechts für den Legatar durch non usus annehmen zu müssen [103]). Marcellus und Ulpianus billigen diese Ansicht, fügen aber sofort hinzu: derselbe Grund, welcher das Nießbrauchsrecht des Legatars durch die Quasibesitzausübung des Fideicommissars nicht, wie das Nießbrauchsrecht des Verkäufers durch die Quasibesitzausübung des Käufers, vor Untergang durch Nichtgebrauch bewahre, nämlich weil der Fideicommissar suo nomine eine utilis actio, d. h. hier eine fictionsweise auf eignes Nießbrauchsrecht gegründete ususfructus vindicatio habe, daher im eignen Namen, nicht im Namen des Legatars, Quasibesitz übe [104]), sei auch der Grund, warum der Rechtsverlust des Legatars dem Fideicommissar nicht, wie der Rechtsverlust des Verkäufers dem Käufer schade.

Die Verschiedenheit zwischen der auf der Fiction eignen Klagrechts beruhenden utilis actio des Nießbrauchskäufers und der auf die Fiction eignen Nießbrauchsrechts gestützten utilis actio des Fideicommissars ist hiernach nicht mehr zu verkennen [105]).

III. Sonstige in rem actiones.

Der im Vorstehenden für die reivindicatio und ususfructus vindicatio erbrachte Beweis gilt ebenso für alle übrigen in rem actiones aus solchen dinglichen Verhältnissen, welche außer der Klagbefugniß noch andere Befugnisse umfassen. Namentlich ist selbst die utilis hereditatis petitio, welche der Kläger kraft wirklicher oder fingir-

---

[103]) l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. ususfr. (7. 4), cf. l. 1 pr. D. quando dies ususfr. leg. ced. (7. 3). — — [104]) Schol. 11 zu Basil. XVI, 4 c. 4 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 102), cf. l. 29 D. de usu et usufr. leg. (33. 2). Praetor jurisdictione sua id agere debet, ut idem servetur, quod futurum esset, si ei, cui ex fideicommisso restitutus est, legati jure acquisitus fuisset. — — [105]) Neuere Gesetzgebungen unterlassen es, das Wesen der im Allgemeinen als zulässig erklärten Ueberlassung der Nießbrauchsausübung näher zu bestimmen. B. G. B. f. Sachsen §. 616. Siegmann, Sächs. Grund- u. Hypothekenr. S. 64. Stubenrauch, Comment. z. Oesterr. G. B. II, S. 197. Preuß. Landr. I, 21 §. 110.

ter Cession aus einem fremden Erbrechte im eignen Namen anstellt, sehr verschieden von derjenigen utilis hereditatis petitio, durch welche der Kläger eignes, nur nicht civilrechtlich, sondern bloß honorarrechtlich anerkanntes Erbrecht zu schützen beabsichtigt [106]). Im zweiten Falle restituirt der Beklagte die aus activis und passivis bestehende Erbschaft unmittelbar dem Kläger als prätorischem Universalsuccessor, im ersten Falle dagegen insofern dem Cedenten oder Quasicedenten, als sie der Kläger zunächst für denselben in Empfang nimmt und dann erst die allein übertragbaren activa durch des Cedenten oder Quasicedenten br. man. traditio der körperlichen Sachen und Cession oder Quasicession der erbschaftlichen Forderungen für sich erwirbt, mithin den Cedenten oder Quasicedenten Universalsuccessor und Träger der erbschaftlichen Verbindlichkeiten sein und bleiben läßt.

Ein schwerer Irrthum Mühlenbruch's [107]) ist es aber, in dieser Beziehung den eigentlich dinglichen Rechten das Pfandrecht zuzuzählen.

Die unrichtige Auslegung der l. 8 C. de her. vel act. (4. 39), durch welche Mühlenbruch seinen Irrthum zu stützen sucht, ist schon früher gerügt und eingebessert [108]), auch schon früher dargethan worden, wie das Pfandrecht durch die Klagbefugniß völlig erschöpft [109]), folglich seinem ganzen, unter Umständen durch das Verkaufsrecht erweiterten [110]) Inhalte nach durch Cession oder Quasicession der Pfandklage übertragen [111]), und in demselben Umfange, in welchem es bei dem Cedenten oder Quasicedenten als jus in re sich geltend machte [112]), auch bei dem utiliter im eignen Namen vorschreitenden Cessionar oder Quasicessionar als jus in re zur Wirksamkeit gelangt. Demgemäß ist der Cessionar oder Quasicessionar als Nachfolger in der Pfandklage auch Nachfolger in dem Pfandrechte [113]) und als solcher auf der einen Seite vollkommen legitimirt, von anderen zu gleicher Priorität solidarisch berechtigten Pfandgläubigern mit der utilis actio communi dividundo oder unter Umständen mit der actio familiae herciscundae auf Theilung des Pfandrechts belangt zu werden und dieselben auf Theilung zu belangen [114]), wegen Verletzung seines jus in re die actio furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliae, condictio fur-

---

[106]) S. Th. I, S. 197. Th. II, S. 141 ff. §. 37 A. a. — — [107]) Cession S. 249 ff. — — [108]) S. Th. I, S. 248 ff. — — [109]) S. Th. I, S. 94. — — [110]) S. Th. I, S. 71. — — [111]) l. 66 pr. D. de evict. (21. 2), l. 14 C. de fidej. (8. 41), und was das Verkaufsrecht betrifft l. 7 C. de O. et A. (4. 10), l. 3 fin. D. quae res pign. (20. 3), l. 11, l. 14 D. de distr. pign. (20. 5), l. 19 C. eod. (8. 28). — — [112]) S. Th. I, S. 97 not. 46. — — [113]) S. Th. I. S. 290 ff. 300 ff. Th. II, S. 311. — — [114]) S. Th. I, S. 233. 269 ff.

tiva anzustellen[115]) und dasjenige Geld, welches ihm ausschließlich oder zu besserer Priorität verpfändet war, gleichwohl aber vom Schuldner einem andern Gläubiger bezahlt worden ist, sofern die Zahlung und Consumtion sein Pfandrecht vereitelt und auf seine Unkosten den Empfänger bereichert, von Letzterem zu condiciren[116]); auf der andern Seite aber auch genöthigt, zum Erwerbe des cedirten Pfandrechts alles dasjenige vorzunehmen, was zur ursprünglichen Entstehung eines Pfandrechts erfordert wird, so daß z. B. die Abtretung der Klage aus einem Immobiliarpfandrechte, welches zu seinem Entstehen particularrechtlich die Eintragung in das Hypothekenbuch verlangt, ebendeshalb auch der Umschreibung des Pfandrechts vom Namen des Cedenten auf den Namen des Cessionars zu ihrer Gültigkeit bedarf, und vorher dem Cessionar nur eine persönliche Klage wider den Cedenten auf Gestattung dieser Umschreibung aus der unterliegenden causa anzustellen gestattet[117]).

Neuere Hypothekengesetzgebungen tragen kein Bedenken, diese Folgesätze ausdrücklich anzuerkennen[118]), bestätigen also dasjenige, was wir über die Natur des Pfandrechts gesagt haben, um so entschiedener, je bestimmter sie anderweit einräumen, daß die Abtretung sonstiger dinglicher Klagen diejenigen Erfordernisse, von denen der Erwerb des der Klage zum Grunde liegenden dinglichen Rechts abhängt, nicht voraussetzt, sondern, z. B. was die reivindicatio eines dem Eigenthume nach nur durch Umschreibung in den Grund- und Hypothekenbüchern übertragbaren Grundstücks betrifft, ohne diese Eintragung gültig erfolgen kann, und der Eintragung nur bedarf, wenn der durch die Klage erstrittene Besitz in Eigenthum verwandelt werden soll[119]).

---

115) S. Th. I, S. 167 ff. — — 116) S. Th. I, S. 97 not. 46. — — 117) l. 6 D. de her. vel act. (18. 4). B. G. B. f. Sachsen §. 397. — — 118) B. G. B. f. Sachsen §. 449. Siegmann, Sächs. Grund- u. Hypothekenr. S. 221 ff. Braunschw. Ges. v. 19. März 1850 (Nr. 22) §. 3 in Verbindung mit dem Circularrescr. v. 3. März 1842 (Nr. 50) §§. 15 lit. c. 24. 29. In Betreff des Oesterr. G. B. s. Stubenrauch, Comment. III, S. 625 ff. Anm. 5 zu §. 1392. Anm. 1 zu §. 1394. Nur das Preuß. Landr. I, 20 §§. 511. 513. 514 erklärt im Interesse erleichterten Verkehrs die Cession einer Hypothek auch ohne Eintragung in das Hypothekenbuch für gültig. Ueber die Besonderheiten des Mecklenburg. Hypothekenrechts s. Festgabe zur Feier der XXII. Versammlung deutsch. Land- und Forstwirthe S. 193. 196. — — 119) S. Th. II, S. 337 not. 53.

III. Inhalt der utilis actio ist die zum Zweck eignen Nutzens vom Cessionar Namens des Cedenten zu empfangende Leistung des vom Cessus geschuldeten Gegenstandes und im Fall unterbliebener Leistung das Interesse des Cessionars.

In der utilis actio hat der Cessionar auf eignen Namen ein Klagerecht bekommen dahin, daß er die vom Cessus geschuldete Leistung, um sie sich dem Cessionszwecke gemäß zu Nutze zu machen, Namens des Cedenten empfange und im Fall des Nichtempfangs sein Interesse erhalte. Beides ist meines Wissens nirgends ausdrücklich bekundet worden, läßt sich aber deßungeachtet zur Evidenz erweisen. §. 34.

A. Der erste für die richtige Auffassung des ganzen Verhältnisses äußerst wichtige und doch selten beachtete, ja sogar hin und wieder bestrittene [1]) Satz:

daß der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar oder Quasicessionar die vom Cessus geschuldete Leistung, um sie sich demnächst zu Nutze zu machen, zuvörderst im Namen des Cedenten oder Quasicedenten empfange,

ergiebt sich daraus, daß der Gläubiger zwar ohne Einwilligung des Schuldners seine Forderung abtreten darf [2]), aber ohne Einwilligung des Schuldners so wenig dessen Verpflichtungen abzuändern vermag [3]), als der Schuldner ohne Einwilligung des Gläubigers dessen Rechte zu schmälern im Stande ist [4]). Da nun der Schuldner bloß die Verpflichtung übernommen hat, an den durch die Obligation bestimmten Gläubiger seine Leistung abzuführen, so darf dieser Gläubiger immerhin ohne Einwilligung des unbenachtheiligt bleibenden Schuldners beim Empfange der Leistung durch einen Anderen sich vertreten lassen [5]), bestehe die Leistung in Sachen [6]) oder in künstlerischen und gemeinen, nicht gerade durch des Empfängers Person in ihrer Eigenthümlichkeit

---

[1]) S. Schliemann, Haftung des Cedenten S. 54. Ebenso in den Consequenzen Voigt, über condictiones ob causam S. 671. 673. 691. 769 not. 723. — Richtig dagegen Thoel, Handelsr. §. 120, indem er den Cessionar für den Gläubiger eincassiren läßt. — — [2]) l. 3 C. de her. vel act. (4. 39), l. 1 C. de nov. et del. (8. 42), l. 2 C. de donat. (8. 54). — — [3]) l. 74 D. de reg. jur. (50. 17), l. 27 §. 4 in f. D. de pact. (2. 14). Vergl. hinsichtlich des Zahlungsorts A. D. H. G. B. Art. 325. — — [4]) l. 25, l. 26 C. de pact. (2. 3), l. 23 C. fam. herc. (3. 36). — — [5]) S. Preuß. Landr. Th. I, Tit. 16, §. 256. — — [6]) l. 49 D. de solut. (46. 3).

bestimmten Diensten[7]); er darf aber nicht ohne Einwilligung des Schuldners einen Anderen aufstellen, welcher unmittelbar für sich selbst die Leistung des Schuldners in Empfang nehme; denn so gewiß es dem Schuldner in der Regel gleichgültig ist, dem Gläubiger in Person oder einem Vertreter desselben seine Schuld zu erfüllen, ebenso gewiß hat er häufig das erheblichste Interesse, die seiner Verpflichtung gemäß in das Vermögen des Gläubigers zu übertragende Leistung nicht unmittelbar in das Vermögen eines Anderen übergehen zu sehen. Man stelle sich nur etwa vor, der Verkäufer, welcher dem Käufer das Kaufgeld creditirt und dafür ein Pfandrecht an der vor der Zahlung zu überliefernden Waare sich bedungen hat, werde genöthigt, die Waare nicht durch das Eigenthum des Käufers hindurch, sondern unmittelbar aus seinem Vermögen in das Vermögen des Cessionars gelangen zu lassen[8]). Der Durchgang durch das Eigenthum des Käufers würde die Waare mit dem bedungenen Pfandrechte beladen dem Vermögen des Cessionars zugeführt haben, der unmittelbare Uebergang vom Schuldner auf den Cessionar verschafft dem Letzteren pfandfreies Eigenthum und vereitelt dem Schuldner den Erwerb der für die Creditirung des Preises bedungenen Sicherheit, da das Pfandrecht erst nach dem Erwerbe ungeschmälerten Eigenthums vom Eigenthumsempfänger dem Eigenthumsübergeber bestellt werden kann[9]), und der Cessionar ohne Verpflichtung und vielleicht selbst wegen Minderjährigkeit, anderweit bestellter Generalpfandrechte u. s. w. ohne Macht ist, dem Schuldner ein sicherndes Pfandrecht zu bestellen. Oder um auch von einer Geldschuld ein Beispiel herzunehmen, so denke man sich des Schuldners Erben, welcher erst nach einiger Zeit von dem abwesenden Geschäftsführer des Erblassers Aufschluß darüber zu erwarten hat, ob die Schuld nicht bereits zurückgezahlt sei, von einem wenig zahlfähigen Cessionar des reichen Gläubigers an Zahlung gemahnt. Die Möglichkeit der condictio indebiti[10]) setzt den Gedrängten in den Stand, der augenblicklichen Verlegenheit ungefährdet durch Zahlung zu entgehen, wenn das Gezahlte erst durch das Vermögen des Cedenten hindurch in das Vermögen des Cessionars übergeht, während das Gegentheil stattfände, wenn das Gezahlte dem Cessionar unmittelbar zu Theil würde; denn unter der ersten Voraussetzung ist der reiche Cedent, unter der zweiten würde nur der mittellose Cessionar der condictio unterworfen sein.[11])

---

7) S. Th. II, S. 97 not. 64. — — 8) cf. l. 39 §. 3 D. de legat. I (30). — — 9) S. Th. I, S. 104 f. zu not. 93. — — 10) l. 11 C. de condict. indeb. (4. 5). — — 11) l. 49, l. 57 §. 1 D. de condict. ind. (12. 6).

Auch der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar ist daher außer Stande, ohne Einwilligung des Cessus anders, als durch den Besitz und — sofern Eigenthumsübertragung in Frage steht — durch das Eigenthum des Cedenten hindurch seinerseits Besitz und Eigenthum an den ihm vom Cessus gezahlten Gegenständen zu erwerben. Wollte er wider Willen des Cessus unmittelbar für sich selbst und nicht erst für den Cedenten Eigenthum zu erlangen versuchen, so würde der Cessus der Zahlung ungeachtet sein Eigenthum gar nicht verlieren [12]).

Daß dieses in der That sich so verhält, bestätigen folgende Betrachtungen:

1. Die utilis reivindicatio soll dem Cessionar oder Quasicessionar meistens Eigenthum verschaffen [13]), vermag dieses Ziel aber nur dadurch zu erreichen, daß Eigenthumsbesitz durch traditio vom Cedenten auf den Cessionar übergeht, was zuvor eine Rückkehr des Besitzes von dem als Besitzer verklagten Cessus zum Cedenten oder Quasicedenten voraussetzt. Es folgt also, daß der vom Cessus dem Cessionar herauszugebende Besitz vom Cessionar zuvörderst Namens des Cedenten in Empfang zu nehmen und darauf erst mittelst traditio br. man. des Cedenten in eignen Besitz zu verwandeln ist.

2. Die utilis ususfructus vindicatio soll dem Nießbrauchskäufer als Quasicessionar in die Lage versetzen, den Quasibesitz des Nutznießers und Verkäufers für denselben auszuüben [14]), um auf diese Weise an den zu ziehenden Früchten zunächst für den Nutznießer und schließlich durch br. man. traditio des Nutznießers für sich Eigenthum zu erwerben [15]). Es folgt also, daß der Nießbrauchskäufer als Quasicessionar vom Cessus für den Nutznießer als Quasicedenten Quasibesitz und für sich nur juris quasi detentio erlangt.

3. Das interdictum unde vi, welches der Verpächter eines Landguts dem Pächter cedirt hat, um einen mitverpachteten Acker aus fremdem Besitze zurückzufordern, soll gleich der dem Pächter zu demselben Zwecke cedirten reivindicatio dem Verpächter juristischen Besitz, dem Pächter um der Pachtnutzung und demnächstigen Restitution willen Detention verschaffen [16]). Es folgt also, daß der utiliter im eignen Na-

---

12) l. 37 §. 6 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), cf. l. 13 D. de donat. (39. 5). — — 13) S. Th. II, S. 329 ff. — — 14) S. Th. II, S. 341 ff. — — 15) S. Th. I, S. 201 ff. Th. II, S. 341 ff. — — 16) l. 16 §. 4, l. 40 §. 2 D. de her. pet. (5. 3), l. 61 D. de admin. tut. (26. 7) in Verbindung mit l. 1 §. 1 D. de superfic. (43. 18).

men klagende Cessionar an dem vom Cessus herausgegebenen Acker für den Cedenten juristischen Besitz, für sich selbst nur Detention erwirbt.

4. Die utilis hypothecaria actio des Cessionars aus einer bloßen Pfandconvention soll durch avocatio des Pfandbesitzes zugleich den Pfandrealcontract in der Person des Cedenten begründen [17]). Es folgt also, daß der Cessionar den vom Cessus auszuliefernden Pfandbesitz zunächst für den Cedenten annehmen und dann erst durch br. man. traditio denselben auf sich übertragen muß.

5. Wenn der Anspruch auf Restitution eines Erbschaftsfideicommisses vom Cessionar utiliter im eignen Namen geltend gemacht wird, so soll die Restitution des Cessus nichtsdestoweniger den Cedenten zum prätorischen Universalsuccessor machen [18]). Es folgt also, daß der Cessionar die Restitution Namens des Cedenten entgegennehmen und nun erst das körperliche Activvermögen durch br. man. traditio und das in Forderungen bestehende Gut durch im Voraus erhaltene Cession in sein Eigenthum bringen muß [19]).

6. Wenn der Gläubiger, welcher seine Forderung wider B dem C verpfändet hat, die verpfändete Forderung an D cedirt, so soll nichtsdestoweniger der vom Cessus B dem Cessionar D gezahlte Schuldgegenstand dem Pfandrecht des Forderungspfandgläubigers C unterworfen werden [20]). Es folgt also, daß auch der Cessionar den empfangenen Schuldgegenstand erst durch das Eigenthum des Cedenten hindurch in sein Eigenthum verpflanze, mit anderen Worten an demselben zuvörderst Besitz für den Cedenten und hierauf erst vermöge der br. man. traditio Besitz für sich selbst ergreife.

7. Der curator bonorum [21]) und der in das Vermögen seines Schuldners immittirte Gläubiger, welcher im Vermögen nur Klagerechte vorfindet [22]), darf kraft fingirter Cession im eignen Namen utiles actiones gegen die Schuldner oder Besitzer von Sachen des Gemeinschuldners oder des immissionspflichtigen Schuldners anstellen, gleichwohl aber an den von den Beklagten restituirten oder gezahlten Sachen für sich nicht Besitz und Eigenthum, sondern bloß Detention erwerben, welche der Curator wieder durch die ihm utiliter im eignen Namen gegebenen Rechtsmittel des Gemeinschuldners, der Immissionsberechtigte durch das ihm direct eigne Interdict: ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, schützen kann [23]). Folge ist also, daß der Quasicessionar

---

17) S. Th. I, S. 81 ff. — — 18) S. Th. II, S. 103. 292. — — 19) S. Th. II, S. 292 ff. — — 20) S. Th. I, S. 132 f. — — 21) S. Th. I, S. 188 zu not. 9. — — 22) S. Th. I, S. 188 zu not. 5. 6. — — 23) Erst Justi-

als curator bonorum für den Gemeinschuldner und als Immissionsberechtigter für den Immissionspflichtigen die vom Beklagten restituirten oder gezahlten Gegenstände zu Besitz und Eigenthum in Empfang nimmt und an denselben mit Rücksicht auf diese Rechte des Vertretenen für sich selbst nur Detention ableitet.

8. Die acceptilatio, welche sowohl von dem civilrechtlichen, als von dem honorarrechtlichen Universalsuccessor gültig vollzogen werden kann, weil beide dabei im eignen Namen handeln[24]), läßt die gleiche Möglichkeit bei dem Cessionar, selbst wenn er als Kläger utiliter im eignen Namen auftritt, nicht zu; denn Julian giebt dem Käufer einer bedingten Stipulationsforderung das Recht, sofort ex emto vendito darauf zu klagen, daß der Verkäufer dem Schuldner acceptoferire[25]), würde dieses aber gewiß nicht gethan haben, wenn der Käufer als Cessionar oder Quasicessionar selbst zu acceptoferiren im Stande gewesen wäre, da der Käufer in diesem Falle, je nachdem er des Vorrechts fingirter Cession noch entbehrte oder bereits theilhaftig war, nur auf Cession oder gar nicht zu klagen Ursache gehabt hätte. Woher aber die Unfähigkeit des mit der utilis actio im eignen Namen versehenen Forderungskäufers zur Acceptilation? Nur daher, daß die Acceptilation als imaginaria solutio den Regeln der wirklichen solutio entsprechend[26]) vom Cessionar oder Quasicessionar Namens des Cedenten oder Quasicedenten würde geschehen müssen[27]) und doch nicht so geschehen kann, weil sie jede Stellvertretung ausschließt[28]).

Das Gesammtergebniß dieser verschiedenen, wenn es darauf ankäme, leicht noch zu vermehrenden Betrachtungen stellt die Wahrheit unseres Beweissatzes außer Zweifel. Die Lage des Cessus dem utili-

---

nian gab den Immittirten hinsichtlich der Klagerechte eine hypothecaria in personam actio, und hinsichtlich der eingeklagten Gegenstände eine hypothecaria in rem actio. l. 1, l. 2 C. de praetor. pign. (8. 22). — — [24]) l. 13 §. 11 D. de acceptil. (46. 4). — — [25]) l. 19 D. de her. vel act. (18. 4). Julian. lib. 25 Digestor. . . si Titius tibi decem sub conditione debeat et ego abs te nomen ejus emam, confestim ex emto vendito agere potero, ut vel acceptum ei facias. cf. l. 10 §. 6 D. mand. (17. 1), l. 48 D. de neg. gest. (3. 5) in Verbindung mit l. 77 D. de reg. jur. (50. 17), l. 16 D. de solut. (46. 3), l. 12 D. de acceptil. (46. 4). — — [26]) Gaj. III, 169. 170. l. 49 in f. D. de jure dot. (23. 3), l. 5, l. 16 pr., l. 13 §. 4. 7 D. de acceptil. (46. 4), l. 7 §. 1 D. de liberat. leg. (34. 3). — — [27]) Plinius (epist. II, 4), welcher durch Auskauf anderer besserer Gläubiger deren Forderungen mittelst fingirter Cession als utiles actiones zu der eignen Forderung hinzuerworben hat (s. Th. I, S. 352 ff.), beschränkt vielleicht aus demselben Grunde die acceptilatio auf die ihm ursprünglich eigne, direct klagbare Forderung. — — [28]) l. 3, l. 13 §. 10 D. de acceptil. (46. 4).

ter im eignen Namen und dem direct in des Cedenten Namen klagenden Cessionar gegenüber ist also, was diesen Punkt betrifft, nur darin verschieden, daß der dem Cessionar Namens des Cedenten zu ermöglichende Empfang der schuldigen Leistung hier erst nach der litiscontestatio in solutione, dort schon vor der litiscontestatio in obligatione des Cessus ist [29]).

Als weitere Folgen dieser Beweisführung lassen sich hervorheben:

1. Die Zahlungsempfangnahme des Cessionars und Quasicessionars befreiet den Schuldner zugleich ipso jure sowohl von der utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars, als auch von der directa actio des Cedenten oder Quasicedenten, wenn sie mit dem Willen der Letzteren geschieht [30]). Bei der wirklichen Cession ist das immer der Fall. Bei der fingirten kann zwar unter Umständen das Gegentheil vorkommen: alsdann ist allerdings der Schuldner nicht schlechthin befreiet [31]), hat aber doch immer eine exceptio doli, um auf einem Umwege denselben Erfolg herbeizuführen [32]); denn der Schuldner, welcher mittelst der Zahlung durch den Besitz und das Eigenthum des Quasicedenten hindurch Besitz und Eigenthum in das Vermögen des Quasicessionars zu übertragen beabsichtigt, vollzieht durch die Zahlung nicht bloß sein eignes Geschäft, sondern zugleich auch ein nützliches Geschäft des Quasicedenten, da dieser das mit eignen Händen Empfangene an den Quasicessionar hätte herausgeben müssen [33]). Der Schuldner ist daher befugt, durch doli exceptio die Ratihabition seiner Geschäftsführung vom Quasicedenten zu erzwingen [34]) und solchergestalt der Regel, daß nicht bloß die dem Gläubiger selbst, sondern auch „cuilibet successori“ geleistete Zahlung zur Entlastung führe [35]), Anwendung auf diesen Fall zu verschaffen.

Der bestimmteste Beweis liegt in folgendem Rescripte:

Imp. Antoninus A. Clodio [36]).

Debitores quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvisti, quibus nomen patris tui te-

---

29) S. Th. II, S. 17 ff. 109. 114 — — 30) l. 49 D. de solut. (46. 3), l. 12 C. eod. (8. 43), §. 4 J. de inutil. stipul. (3. 20). — — 31) l. 34 §. 4, l. 58 D. de solut. (46. 3), l. 12 C. eod. (8. 43). — — 32) l. 2 D. de calumniat. (3. 6), l. 12 C. de solut. (8. 43). — — 33) l. 6 §. 1, l. 31 pr. D. de neg. gest. (3. 5), l. 22 §. 2, l. 45 §. 7, l. 50 pr. D. mand. (17. 1), l. 65 §. 8 D. pro soc. (17. 2). — — 34) l. 6 D. de exc. doli (44. 4) in Verbindung mit l. 9 D. de neg. gest. (3. 5). — — 35) l. 49 D. de solut. (46. 3). — — 36) l. 1 C. de except. (8. 36).

stator in divisione adscripserat, doli mali exceptione adversus alios agentes tueri te potes. P. P. 10 Cal. Aug. Duobus et Aspris Coss. 213.

Die Erbtheilung des Testators wird, je nachdem dabei die Legatsformen beobachtet sind oder nicht, als ein Inbegriff voraus zugewandter Legate [37]) oder voraus zugewandter Fideicommisse [38]) behandelt. Im Fragefalle ist der Legatsform nicht gedacht, folglich ein Fideicommiß anzunehmen, welches schon jener Zeit die den Miterben durch Universalsuccession zugefallenen Antheile an dem nomen des Clodius durch fingirte Cession als utiles actiones auf die voraus bedachten Erben übertrug [39]). Gleichwohl rescribirt der Kaiser Antonin dem Clodius: Dem alten Gesetze, d. h. dem Zwölftafelgesetze, zufolge [40]) solle der Erbschaftsschuldner zwar den einzelnen Erben nach Maßgabe ihrer Erbtheile verpflichtet sein; falls er jedoch denjenigen Erben, welchen vom Testator erbtheilungsweise das nomen zugeschrieben worden, die ganze Schuld bezahlt habe, so dürfe er sich gegen die Klagen der anderen Erben durch eine exceptio doli schützen.

Hätte der Schuldner mit dem Willen der direct berechtigten Miterben an die mit dem nomen vorausbedachten Erben gezahlt, so würde er auch von den Miterben schlechthin befreit worden sein. So aber war Quasicession und Zahlung an die bedachten Erben ohne den Willen der Miterben geschehen, das directe Klagerecht der Miterben also nicht ipso jure getilgt, sondern der Schuldner auf eine exceptio doli beschränkt, zu dieser aber auch berechtigt, weil die Absicht, über die Personen der Miterben hinüber den vorausbedachten Erben Besitz und Eigenthum zu übertragen, seine Zahlung insofern zu einem Geschäfte der Miterben gestempelt hatte, dessen Genehmigung diese ohne dolus nicht verweigern konnten, weil sie auch die ihnen selbst eingehändigte Zahlung den vorausbedachten Erben auf deren actio fam. hercisc. hätten überliefern müssen [41]).

---

37) l. 77 §. 8 D. de legat. II (31), l. 33 D. fam. herc. (10. 2), l. 35 pr. §. 1, l. 78 pr. D. de her. inst. (28. 5), l. 15 D. de his, quae ut indign. (34. 9). — — 38) l. 20 §. 3 D. fam. herc. (10. 2), l. 89 §. 4 D. de legat. II (31). Schol. 7 zu Basil. XLII, 3 c. 20 §. 3 (Heimb. IV, p. 261). — — 39) S. Th. I, S. 206 ff. — — 40) l. 6 C. fam. herc. (3. 36), l. 1 C. si unus ex plur. (8. 32), l. 25 §. 9. 13 D. fam. herc. (10. 2). Dirksen, Zwölftafelges. S. 389 ff. — — 41) l. 4 pr. D. fam. herc. (10. 2), l. 7 C. eod. (3. 36), l. 17 §. 2 D. de legat. I (30). Vergl. l. 9 §. 1 D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 5 §. 5 D. de doli exc. (44. 4), l. 11 D. de dote praeleg. (33. 4).

2. Der Cessionar kann an dem mit der utilis actio im eignen Namen eingeklagten Gegenstande nicht mehr Rechte erwerben, als ihm der Cedent hat überlassen wollen und können; das letzte, weil Niemand mehr Rechte abzutreten vermag, als er hat[42]), und das erste, weil nichts von dem, was unser ist, ohne unser Zuthun auf einen Anderen übertragen wird[43]).

3. Der Cessionar des Cessionars kann an den von ihm mit der utilis actio im eignen Namen eingeklagten Gegenständen für sich nur über die Personen des ersten und zweiten Cedenten hinüber Besitz und Eigenthum erwerben.

4. Weil die Klage auf Eviction nur gegen den unmittelbaren Auctor angestellt werden kann[44]), der Cessionar aber Besitz und Eigenthum der empfangenen Zahlung vom Cedenten und erst der Cedent vom Cessus ableitet, so geht der Regreß wegen Eviction des Empfangenen vom Cessionar an den Cedenten und erst vom Cedenten an den Cessus[45]), wenn der Cedent nicht auch die Regreßklage dem Cessionar abgetreten hat[46]).

5. Auch bei solchen Forderungen, welche — wie Alimenten-, Injurienklagen, Ansprüche aus einer Police des Versicherten gegen den Versicherer[47]) u. s. w. — eine nach den individuellen Bedürfnissen und Verhältnissen des Cedenten zu bemessende Leistung zum Gegenstande haben, die nicht gerade durch des Empfängers Person in ihrer Eigenthümlichkeit bestimmt wird, ist aus der dem Cessionar utiliter im eignen Namen verstatteten Klagbetreibung kein Nachtheil für den Cessus zu besorgen. Selbst der Verkauf einer auf Errichtung eines Nießbrauchs gestellten Klage ist dem Schuldner unschädlich, da die dem Käufer Namens des Verkäufers geleistete Quasitradition den Nießbrauch in der Person des Verkäufers entstehen und auf den Käufer nur die Ausübung dieses Nießbrauchs übergehen läßt[48]).

6. Wenn der Cessus irrthümlich dem Cedenten anstatt des Cessionars die Zahlung übergiebt, so hat er zwar nicht das Eigenthum und den juristischen Besitz, wohl aber die dem Cessionar unmittelbar gebührende Detention dem Cedenten indebite abgeführt und ebenda-

---

[42]) l. 54 D. de reg. jur. (50. 17). — — [43]) l. 11 D. de reg. jur. (50. 17), l. 55 D. de O. et A. (44. 7). — — [44]) l. 33, l. 59 D. de evict. (21. 2). — — [45]) l. 61 D. de evict. (21. 2). — — [46]) l. 59 D. de evict. (21. 2). Vergl. Th. I, S. 130 zu not. 85. — — [47]) A. D. H. G. B. Art. 896. 904. 905. Vergl. Rizze im Neuen Arch. f. Handelsr. Bd. 1, S. 412 ff. — — [48]) Anders bei der Delegation durch Stipulation l. 4 D. de novat. (46. 2).

her insoweit ein Rückforderungsrecht (condictio indebiti) gegen den Cedenten erworben [49]), welches in seinem Erfolge ausreicht, um den Cessus zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegen den Cessionar in den Stand zu setzen.

Diese condictio gebührt dem Cessus insbesondere auch dann, wenn er dem Cedenten nach der Cession, jedoch bevor entschieden oder bekannt geworden war, daß der Cessus eine utilis actio erworben hatte, Zahlung geleistet hat, obwohl unter diesen Voraussetzungen der später vom Cessionar erhobenen utilis actio eine exceptio doli entgegentritt [50]). Der Cessus gewinnt nämlich deßungeachtet an dem Erwerbe der condictio — der bei einer im Zustande der Unentschiedenheit oder Ungewißheit geleisteten Zahlung häufig besonders vorbehalten sein wird [51]) — ein Interesse insofern, als er die condictio dem Cessionar abtreten kann, ja dieselbe als einen auf Unkosten des Cessionars gemachten Erwerb sogar abtreten muß, und daher von der utilis actio durch doli exceptio nicht ohne die vom Cessionar geforderte Abtretung der condictio frei wird [52]).

7. Wenn der Schuldner einem Dritten, welcher in Wahrheit keine Cession vom Gläubiger erhalten hat, in dem irrthümlichen Glauben des Gegentheils Zahlung leistet, so wird er vom Gläubiger nicht befreiet [53]). Weder dem vermeintlichen Cessionar, noch dem vermeintlichen Cedenten ist Eigenthum und juristischer Besitz übertragen [54]), sondern lediglich dem vermeintlichen Cessionar die demselben vermeintlich gebührende Detention eingehändigt. Der Schuldner hat also gegen den Empfänger alle Rechtsmittel desjenigen Schuldners, welcher einem irrthümlich zur Empfangnahme legitimirt erachteten Procurator oder adjectus Zahlung geleistet hat, nämlich die condictio indebiti, sofern er irrthümlich glaubte, dem Empfänger die übergebene Deten-

---

[49]) l. 31 §. 1 in f. D. depos. (16. 3). Ebenso l. 33 D. eod., sofern darin mit Handschriften incerti agere, idem ad exhibendum zu lesen ist (Muther, Sequestrat. S. 89). Ferner l. 17 §. 5 D. de praescr. verb. (19. 5). l. 21 pr., l. 64 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1), cf. l. 15 §. 1, l. 39 D. de condict. ind. (12. 6), l. 9 §. 5 D. de jur. et facti ignor. (22. 6). Basil. XIII, 2 c. 31 §. 1 mit Schol. (Heimb. II, p. 58), Schol. 1 zu Basil. XXIV, 8 c. 8 (Heimb. III, p. 43). Voigt, über condict. ob caus. S. 300 not. 241 a. S. 766 erklärt die l. 31 §. 1 D. cit. unrichtig in dem vergeblichen Bemühen, die Rückforderungsfähigkeit der Detention zu leugnen S. 329 ff. 405. — — [50]) S. Th. II, S. 236 ff. — — [51]) l. 2 pr. D. de condict. ind. (12. 6). — — [52]) S. Th. II, S. 237 ff. — — [53]) l. 34 §. 4. 6 D. de solut. (46. 3). — — [54]) l. 43 §. 1 D. de furt. (47. 2), l. 17 §. 1 D. de possess. (41. 2).

tion übergeben zu müssen[55]) oder übergeben zu dürfen[56]); die condictio causa non secuta, sofern seine Voraussetzung, durch die dem Empfänger als dem Vertreter des Gläubigers eingehändigte Zahlung von der Forderung des Gläubigers befreiet zu werden, nicht in Erfüllung gegangen ist[57]); die Vindication, sofern die übergebenen Gegenstände individuell existiren[58]); die condictio furtiva und actio furti, sofern der Empfänger betrüglich eine fremde Forderung eingezogen und deren Gegenstände sich angeeignet hat[59]).

Sollte der Schuldner in Folge eines gerichtlichen Erkenntnisses einem irrthümlich für den Cessionar erklärten Dritten gezahlt haben, so würde zwar die condictio indebiti[60]), nicht aber die condictio causa non secuta ausgeschlossen sein[61]). Auch wäre der Empfänger unter Umständen wegen Stellionats zu verurtheilen[62]).

Sollte endlich der Schuldner anstatt des Gläubigers einem Dritten, welcher sich für dessen Cessionar ausgab, in der Voraussetzung, daß sich derselbe als Cessionar ausweisen werde, Zahlung geleistet haben, so würde der Empfänger zwar nicht sofort, aber doch sobald ein Mißlingen des Ausweises anzunehmen ist, der condictio causa non secuta unterliegen[63]).

---

55) l. 31 §. 1 in fin. D. depos. (16. 3). Basil. XIII, 2 c. 31 §. 1 mit Schol. (Heimb. II, p. 58), cf. l. 4 §. 1 D. de reb. cred. (12. 1). — — 56) l. 22 pr., l. 55 D. de condict. ind. (12. 6), l. 8 C. eod. (4. 5). Schol. 2 zu Basil. XXIV, 1 c. 14 (Heimb. III, p. 7), l. 80 §. 7 D. de furt. (47. 2), Basil. LX, 12 c. 80 §. 7 mit Scholien (Heimb. V, p. 530). Andere Ansichten bei Voigt a. a. O. S. 691. — — 57) l. 14 D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 34 §. 6, l. 58 D. de solut. (46. 3), l. 22 pr. §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8), l. 80 §. 5 D. de furt. (47. 2). Schol. 1. 2 zu Basil. XXIV, 1 c. 14 (Heimb. III, p. 7). Falsus procurator ist übrigens nicht bloß derjenige, welcher sich fälschlich für die Person eines anderen, wirklich vom Principal bestellten Procurators ausgiebt [l. 80 §. 6 D. de furt. (47. 2). Schol. des Thaleläus 1 zu Basil. LX, 6 c. 36 (Heimb. V, p. 400)], sondern überhaupt Jeder, welcher sich fälschlich als Procurator eines Anderen einführt [l. 19 C. de furt. (6. 2), Basil. LX, 12 c. 80 §. 6 (Heimb. V, p, 529)]. Voigt a. a. O. S. 689 ff. — — 58) l. 43 §. 1 D. de furt. (47. 2) . . . nam et nummi manent debitoris. l. 9 D. de reiv. (6. 1). Heyse und Cropp, Abhandl. Th. 2, S. 281 ff. — — 59) l. 14 D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 43 §. 1, l. 44 pr., l. 66 §. 3, l. 80 §. 5. 7 D. de furt. (47. 2), l. 18, l. 38 §. 1, l. 58 D. de solut. (46. 3), l. 3 §. 12 in fin. D. de don. int. V. et U. (24. 1), l. 19 C. de furt. (6. 2). Voigt a. a. O. S. 769 ff. Wächter im Rechtslexic. Bd. 3, S. 369 f. not. 39. — — 60) l. 74 §. 2 D. de judic. (5. 1), l. 29 §. 5 D. mand. (17. 1), l. 36 D. fam. herc. (10. 2), l. 1 C. de condict. ind. (4. 5), l. 2 C. de compens. (4. 31). — — 61) arg. l. 2 D. de condict. sine causa (12. 7). Bähr a. a. O. S. 468. — — 62) l. 29 §. 5 D. mand. (17. 1). — — 63) l. 14 D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 14 pr., l. 58 pr. D. de

8. Wenn der Cedent eine Nichtschuld abgetreten und der Cessus dieselbe dem Cessionar bezahlt hat, so ist die condictio indebiti sowohl wider den Cedenten, als wider den Cessionar begründet; wider den Cedenten, weil in das Vermögen desselben durch die Zahlung ex falsa causa juristischer Besitz und Eigenthum gelangt ist [64]) und deren unverweilt in das Vermögen des Cessionars erfolgter Uebergang den Cedenten um so weniger von der Rückgabepflicht befreiet, je gewisser eine noch zur Zeit der litiscontestatio vorhandene Bereicherung kein Erforderniß der condictio indebiti bildet [65]); wider den Cessionar dagegen, weil demselben vom Cessus in dem irrigen Glauben, dem Cedenten zur Uebertragung von Eigenthum und juristischem Besitz verpflichtet zu sein, unmittelbar ex falsa causa natürlicher Besitz übertragen ist [66]), dessen Rückforderung durch den inzwischen aus dem Vermögen eines Dritten hinzugetretenen Erwerb von juristischem Besitz und Eigenthum nicht gehindert wird [67]). Nur werden natürlich Cedent und Cessionar, der Eine durch die vom Andern geschehene Rückgabe, ihrerseits von der Rückgabe befreiet [68]). Auch dürften die Römer für angemessen erachtet haben, den durch die condictio indebiti angegriffenen Cedenten, welcher die Nichtschuld in gutem Glauben dem Cessionar schenkweise abgetreten hat, mittelst einer exceptio doli so lange vor Verurtheilung zu schützen, bis ihm der Cessus seine condictio indebiti gegen den Cessionar abgetreten habe, weil in der That der Schenker durch die Rückgabe des indebitum nach der Strenge des Rechts eine Schuld abtragen muß, die nach den Grundsätzen der Billigkeit dem Beschenkten obliegt [69]).

9. Wer dem vermeintlichen Cessionar des vermeintlichen Cedenten etwas zahlt, was er irrig dem vermeintlichen Cedenten schuldig geworden zu sein glaubt, der hat, bevor der vermeintliche Cedent die Empfangnahme des vermeintlichen Cessionars ratihabirt, die unter Nr. 7 erwähnten Rechtsmittel wider den vermeintlichen Cessionar [70]),

---

solut. (46. 3), l. 22 §. 1 D. rat. rem hab. (46. 8), cf. l. 19 pr. D. de reb. cred. (12. 1). Erxleben, condict. sine causa Th. 2, S. 193 ff. Bähr a. a. O. S. 466 ff. — — [64]) l. 6 §. 1. 2, l. 49, l. 57 §. 1 D. de condict. indeb. (12. 6), l. 34 pr., l. 59, l. 66 D. de solut. (46. 3). A. M. ist Bähr a. a. O. S. 412 f. — — [65]) Erxleben a. a. O. Th. 1, S. 182 ff. Voigt a. a. O. S. 319 ff. Witte, Bereicherungsklagen S. 139 ff. — — [66]) S. Th. II, S. 255 not. 49. — — [67]) l. 13, l. 33 D. de mort. c. don. (39. 6), l. 15 §. 1 D. de condict. ind. (12. 6). — — [68]) l. 57 D. de reg. jur. (50. 17). — — [69]) l. 2 §. 3 D. de donat. (39. 5), l. 7 pr. D. de exc. doli (44. 4). Mühlenbr., Ceff. S. 412 ff. Damit wird auch Bähr a. a. O. S. 443 befriedigt sein. — — [70]) l. 14 D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 16 pr., l. 22 pr. D. rat. rem hab. (46. 8), l. 6 §. 1. 2 D. de condict. ind. (12. 6).

dagegen nachdem der vermeintliche Cedent die Empfangnahme des vermeintlichen Cessionars ratihabirt hat, außer der ihm verbleibenden condictio furtiva nur die unter Nr. 8 genannten Klagen[71]), so jedoch, daß er seine condictio furtiva wider den vermeintlichen Cessionar auf Verlangen dem vermeintlichen Cedenten abtreten muß, wenn er diesen mit der condictio indebiti angreift[72]).

10. Wenn der Schuldner irrthümlich an einen Cessionar zahlt, welcher vom Cedenten, nachdem vorher schon ein Anderer Cession erhalten hat, ebenfalls zum procurator in rem suam bestellt worden ist, so wird die dem ersten Cessionar gebührende Detention dem zweiten Cessionar indebite eingehändigt, mithin der condictio indebiti des Schuldners in der Weise unterworfen[73]), daß auch der juristische Besitz und das Eigenthum, welches der zweite Cessionar für den Cedenten in Empfang genommen und durch br. man. traditio des Cedenten selbst erlangt hat, kein Hinderniß, vielmehr als causa rei zugleich einen Gegenstand der Rückforderung bildet[74]) und die Rückgabe den Schuldner in den Stand setzt, dem ersten Cessionar nicht bloß Detention, sondern auch mittelst der demselben vom Cedenten durch die erste Cession unwiderruflich gestatteten Uebernahme juristischen Besitz und Eigenthum zu verschaffen. Dieselbe condictio steht dem Schuldner auch dann zu, wenn er wegen Unentschiedenheit oder Unbekanntheit der ersten Cession oder vielmehr der durch letztere dem ersten Cessionar erwachsenen utilis actio dem zweiten Cessionar Zahlung geleistet hat[75]); denn obgleich er wegen der ihn gegen die spätere utilis actio des ersten Cessionars schützenden doli exceptio an dem Erwerbe der condictio nur das Interesse hat, dieselbe dem ersten Cessionar abtreten zu können, so genügt doch dasselbe, um für den Schuldner den Erwerb der condictio zu rechtfertigen[76]). Daher macht fortan die Bereitwilligkeit des Schuldners zur Cession der erworbenen condictio eine Bedingung seiner exceptio doli aus.

An allen diesen Folgen erprobt sich außer der Richtigkeit auch die

---

71) l. 80 §. 5 D. de furt. (47. 2), l. 14 D. de condict. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 16 pr., l. 22 pr. D. rat. rem hab. (46. 8), l. 6 §. 9 D. de neg. gest. (3. 5), l. 6 §. 2 D. de condict. ind. (12. 6). — — 72) l. 80 §. 5 D. de furt. (47. 2), l. 38 §. 1 D. de solut. (46. 3). Schol. 13 zu Basil. LX, 12 c. 80 §. 5 (Heimb. V, p. 530). — — 73) S. Th. II, S. 237 f. und S. 355 not. 49. — — 74) S. Th. II, S. 357 not. 67. — — 75) l. 11 C. de condict. ind. (4. 5). Im Fall der Unentschiedenheit kann die condictio sogar besonders vorbehalten sein. l. 2 pr. D. de condict. ind. (12. 6). — — 76) l. 36 in fin. D. de fidej. (46. 1), l. 14 pr. D. mand. (17. 1), l. 31 pr. D. de her. pet. (5. 3), l. 80 pr. D. de furt. (47. 2).

Brauchbarkeit des aufgestellten Grundsatzes. Zu Bedenken könnten höchstens diejenigen Fälle Veranlassung geben, in denen der Cedent oder Quasicedent bei Eingehung des Contractsverhältnisses, aus dem die cedirte oder quasicedirte Klage abgeleitet wird, offen als Procurator, Vormund oder sonstiger Vertreter des Cessionars oder Quasicessionars handelte. Denn gewiß ist es nicht angemessen, daß die Gegenstände, welche der Procurator für den Geschäftsherrn, der Vormund für den Mündel u. s. w. kauft, erst durch das Eigenthum der Vertreter hindurch, also z. B. mit allen von diesen Personen ihren Gläubigern etwa bestellten Generalpfandrechten beschwert [77]), in das Vermögen der Vertretenen gelangen. Allein gerade für Fälle dieser Art nimmt schon das römische Recht mit gutem Grunde an, daß Verkäufer und Käufer übereingekommen seien, durch die Tradition den Besitz und das Eigenthum der gekauften Sachen gleich unmittelbar aus dem Vermögen des Verkäufers in das Vermögen der vom Käufer vertretenen Personen übergehen zu lassen, so daß selbst der Procurator und Vormund als Empfänger der gekauften Gegenstände nur für die Vertretenen Besitz und Eigenthum erwerben [78]), obwohl sie stets die Klagen wegen Eviction gleich den Klagen auf Tradition nur durch wirkliche oder fingirte Cession an die Vertretenen verlieren [79]). In diesem Falle steht dann auch nichts entgegen, daß der Vertreter für den Vertretenen Gegenstände kauft und erwirbt, welche er für sich selbst zu erwerben und deshalb auch zu kaufen außer Stande ist [80]).

Damit werden selbst die letzten Bedenken gegen unsern ersten Satz erledigt sein.

Wir gehen über

B. zum zweiten Satze, dahin lautend:

der Cessionar oder Quasicessionar verfolgt mit der utilis actio suo nomine die für den Cedenten oder Quasicedenten zu empfangende Leistung **zum Zweck eigner**

---

[77]) Schol. 9 zu Basil. XIV, 1 c. 8 §. 10 (Heimb. II, p. 80), l. 11 pr. D. de Publ. act. (6. 2) u. Schol. 7 zu Basil. XV, 2 c. 11 pr. (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 43) — — [78]) l. 42, l. 49 §. 2 D. de poss. (41. 2), l. 13, l. 37 §. 6 D. de acquir. rer. dom. (41. 1), l. 47 D. de usuc. et usurp. (41. 3), l. 1, l. 3, l. 7, l. 9 C. si quis alteri . . . emerit (4. 50). Interpr. Visigoth. zu Paul. sent. rec. V, 2 §. 2. Schol. 10 zu Basil. XIV, 1 c. 8 §. 10 (Heimb. II, p. 80). cf. l. 24 D. de neg. gest. (3. 5). Bremer in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 20, S. 43 ff. 75 ff. — — [79]) l. 49 §. 2 D. de poss. (41. 2), l. 7 C. si quis alteri (4. 50). S. Th. I, S. 422 f. und 399 ff. — — [80]) cf. l. 34 D. de V. O. (45. 1), l. 9 pr. D. de re milit. (49. 16), l. 62 pr. D. de contrah. emt. (18. 1).

Rechtsanliegen, welche durch sein Rechtsverhältniß zum Cedenten oder Quasicedenten bestimmt werden und in Geld umgesetzt als **des Cessionars oder Quasicessionars eignes Interesse sich darstellen.**

Jeder Cessionar oder Quasicessionar, welcher mit der utilis actio auf die für den Cedenten oder Quasicedenten zu empfangende Leistung im eignen Namen klagt, macht eben dadurch gegen den Cessus oder Quasicessus eigne Rechtsanliegen geltend. Diese Rechtsanliegen können so verschieden sein, als die der Cession oder Quasicession zu Grunde liegenden rechtlichen Veranlassungen (causae) [81]) oder die durch die Cession oder Quasicession zu erreichenden Zwecke. Während z. B. der Käufer einer Forderung an den zuvörderst für den Verkäufer zu empfangenden Schuldgegenständen schließlich selbst Besitz und Eigenthum erwerben will, hat der Pächter eines Landguts, dem der Verpächter die reivindicatio oder das interdictum unde vi gegen den Besitzer eines mitverpachteten Ackers abgetreten hat, kein weiter reichendes Ziel, als an dem in des Cedenten Besitz zurückzubringenden Acker um der Pachtnutzung und demnächstigen Restitution willen Detention zu erlangen [82]), und der curator bonorum, welcher vermöge fingirter Cession durch utiles actiones im eignen Namen die Außenstände des Gemeinschuldners einzieht [83]), gar nur die Absicht, die dem Besitze und Eigenthume nach für den Gemeinschuldner zu erwerbenden Schuldgegenstände in Gewahrsam zu bekommen [84]), um dieselben, soweit nöthig nach vorgängiger Versilberung, zur Befriedigung der Gläubiger verwenden [85]), im Uebrigen aber dem Gemeinschuldner zurückgeben zu können [86]). Die Art der als Endzweck der utilis actio vom Cessionar oder Quasicessionar für sich verfolgten Rechtsanliegen, welche durch das zwischen dem Cessionar oder Quasicessionar und dem Cedenten oder Quasicedenten bestehende Rechtsverhältniß bestimmt und dem Cessus oder Quasicessus durch Angabe dieses Rechtsverhältnisses bekannt gemacht ist [87]), muß vom Cessus oder Quasicessus bei der Leistung der

---

[81]) S. Th. I, §. 7. — — [82]) S. Ihering in Jahrb. f. Dogmat. Bd. 1, S. 118 ff. A. M. Windscheid, actio S. 221 u. Bähr a. a. O. S. 396 und Anerkennung S. 28 f. — — [83]) l. 2 §. 1 D. de curat. bon. dando (42. 7), l. 90 D. de solut. (46. 3). S. Th. I, S. 188. cf. l. 5 §. 1 D. ut. legator. (36. 3). Seuffert, Arch. XII, 306. — — [84]) l. 48 D. de admin. tut. (26. 7). — — [85]) l. 5, l. 9 D. de curat. furioso dat. (27. 10), l. 4, l. 2 pr. D. de curat. bon. dando (42. 7), l. 22 D. de minor. (4. 4). — — [86]) l. 6 pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5), l. 45 §. 12 D. de jure fisci (49. 14), cf. l. 9 §. 3. 5 D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5). — — [87]) S. Th. I, §. 7, S. 30 ff. Huber, praelect. ad Pand. tit. mandati nr. 5. Leyser, med. Vol. III.

geschuldeten Gegenstände gewissenhaft berücksichtigt werden, wenn er nicht wegen des dem Cessionar oder Quasicessionar durch die Nichtberücksichtigung gestifteten Schadens oder entzogenen Vortheils ersatzpflichtig werden will.

Die vom Cessionar im eignen Namen zu erhebende utilis actio unterscheidet sich also auf das Wesentlichste von der im Namen des Cedenten anzustellenden directa actio eben darin, daß dem Cessus gegenüber hier das Interesse des Cedenten, dort das Interesse des Cessionars als letzter Zweck angestrebt wird [88]).

Dieser Unterschied entspricht genau den verschiedenen Formeln, wie sie im ersten Theile dieses Werks für die beiden Klagweisen des Cessionars aufgestellt worden sind [89]). Ebendahin weisen aber auch die Aeußerungen der Rechtsquellen, daß Geschäftsklagen, welche der Cessionar utiliter im eignen Namen geltend macht, zu demselben Erfolge führen, als ob der Cessionar selbst das Geschäft begründet hätte [90]); ferner theils die Entscheidungen, welche Hermogenian, Ulpian und African in den oben erklärten l. 23 §. 1 D. de her. vel act. (18. 4), l. 4 §. 6 D. de exc. doli (44. 4), l. 20 D. de her. vel act. (18. 4) abgegeben haben [91]), theils der Inhalt der l. 7 D. in lit. jur. (12. 3), nach welchem gerade aus diesem Grunde hinsichtlich des in arbitrariis judiciis zu schwörenden Würderungseides der direct in des Cedenten Namen und der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar eine völlig verschiedene Stellung einnimmt. Jener liquidirt wider den ungehorsamen Beklagten das Interesse des Cedenten und ist daher vom jusjurandum in litem ausgeschlossen; dieser als dominus litis, qui litem suo nomine contestatus est, oder — wie die Basiliken übersetzen [92]) — als ἐν ἰδίῳ ὀνόματι ἐνάγων, unterwirft den Cessus, welcher vom judex vergeblich befehligt worden, den Streitgegenstand an den Cessionar zu dem von demselben mittelst Empfangnahme für den Cedenten zu erreichenden Zwecke eignen Erwerbs des Eigenthums, des Besitzes, der Detention u. s. w. zu restituiren, oder zu dem von demselben mittelst Vertretung des Cedenten zu erlangenden Ziele eigner Anschauung und Kenntnißnahme zu

---

Spec. CCI med. 4. Glück, Bd. 16, S. 439 not. 46. v. Kreittmayr, zum Baiersch. Landr. Th. 2, S. 529. Mühlenbr., Ceß. S. 457. 525. Die neuere Praxis erläßt dem Cessionar meistens die Angabe des Cessionsgrundes. S. §. 39. — — [88]) Cohnfeldt, Interesse S. 90. Seuffert, Arch. X, 36. XIV, 23 S. 32 f. not. 4. Neues Arch. f. Handelsr. Bd. 1, S. 48 ff. 412 ff. — — [89]) S. Th. I, S. 12 ff. — — [90]) S. Th. I, S. 8 zu not. 23. S. 9 f. Th. II, S. 172 ff. — — [91]) S. Th. II, S. 119 ff. — — [92]) S. Th. II, S. 124.

exhibiren, der Verurtheilung in des Cessionars eignes Interesse, welches ebendaher ohne jegliches Bedenken durch den Schätzungseid des Cessionars festgestellt werden kann.

Gleiche Bestätigung gewährt endlich die Erwägung, daß es sonst unerklärlich sein würde, wie Jemand mit Erfolg Klagen abtreten mag, deren Geltendmachung für ihn selbst ohne allen Werth ist[93]); wie Jemandem unter Umständen bloß deshalb Klagen gegeben werden, weil er sie abzutreten verpflichtet ist[94]); ja wie Jemand gültig Geschäfte zu schließen im Stande ist, an denen er selbst kein anderes Interesse hat, als eine zur Uebertragung auf einen Andern taugliche Klage zu erwerben[95]). Hat z. B. der Schenker eines Landguts als negotiorum gestor eines treuen Dieners den Schenknehmer verpflichtet, dem Diener lebenslang Alimente zu reichen[96]), oder der Mandatar eines Gläubigers vom Schuldner für ein dem Vertretenen direct geschuldetes Darlehn Bürgen oder Pfänder empfangen[97]), oder in einem für den Vertretenen zu führenden Processe eine cautio de judicio sisti entgegengenommen, ohne eine bestimmte Pönalsumme beizufügen[98]): so ist das für die Gültigkeit der Geschäfte in der Person des Vertreters erforderliche Interesse[99]) nur auf dem Wege zu gewinnen, daß dem Vertretenen das Recht zugestanden wird, durch die ihm vom Vertreter wirklich oder fingirt abgetretene Klage gegen Schenknehmer, Bürgen, Verpfänder und Cautionsschuldner sein eignes Interesse selbständig wahrzunehmen; denn nur inwiefern der Vertretene ein Interesse hat, welches mit der aus des Vertreters Geschäft gegen den betreffenden Pflichtigen utiliter im eignen Namen zu erhebenden Klage erstreitbar ist, hat er ein Interesse, vom Stellvertreter Uebertragung der für ihn erworbenen Klagen zu verlangen, und nur inwiefern der Stellvertreter verpflichtet ist, dem Vertretenen die erworbenen Klagen zu übertragen oder demselben das Interesse zu prästiren, hat der Vertreter seinerseits ein Interesse, ein directes Klagerecht gegen den betreffenden Pflichtigen erworben zu haben[100]). Wird z. B. dem auftragslosen

[93]) l. 5 §. 12 D. commod. (13. 6), l. 38 D. de evict. (21. 2). — — [94]) l. 80 pr. D. de furt. (47. 2), l. 36 D. de fidej. (46. 1), l. 14 pr. D. mand. (17. 1). — — [95]) cf. l. 28 D. de neg. gest. (3. 5), l. 46 D. eod., l. 36 D. de act. E. V. (19. 1). — — [96]) S. Th. I, S. 449 ff. — — [97]) l. 26 D. de reb. cred. (12. 1), l. 2 C. per quas pers. (4. 27). S. Th. I, S. 408 ff. 428 ff. — — [98]) l. 14 D. si quis caut. (2. 11), l. 81 §. 1 D. de V. O. (45. 1). — — [99]) §. 19 J. de inutil. stipul. (3. 20), l. 38 §. 17, l. 97 §. 1 D. de V. O. (45. 1), l. 8 §. 6 D. mand. (17. 1), l. 47 pr. D. de neg. gest. (3. 5). — — [100]) l. 36 D. de fidej. (46. 1), l. 8 §. 3, l. 14 pr. D. mand. (17. 1), l. 31 D. de hered. pet. (5. 3). Schol. 15 a. E. zu Basil. XVIII, 2 c. 3 §. 1 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p. 180). cf. l. 1 §. 11 D. depos. (16. 3), l.

Geschäftsführer, welcher im ausschließlichen Interesse des Geschäftsherrn ein Klagerecht wider einen Dritten begründet hat, von dem Geschäftsherrn die Ratihabition verweigert, so zerfällt das ganze Geschäft, weil mit der eingetretenen Unmöglichkeit der Klagrechtsübertragung jedes Interesse des Geschäftsführers am Klagerechte verschwunden ist[101]). In der That kann also die directe Klage des Vertreters, mag sie von ihm selbst oder in seinem Namen auf Grund empfangener Cession vom Vertretenen geltend gemacht werden, niemals ein anderes Interesse verfolgen, als welches der Vertretene mit der vermöge wirklicher oder fingirter Cession im eignen Namen angestellten utilis actio zu verfolgen vermocht hätte[102]).

Das ist es, was wir bei Neratius und Ulpianus in nachfolgenden Bruchstücken geradezu ausgesprochen finden:

Neratius lib. 2 Membranarum[103]).

Si procurator ita stipulatus est, ut sistat duntaxat eum, quem stipularetur; non etiam poenam, si status non esset, stipularetur: propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. Sed cum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi, non procuratoris, sed ejus, cujus negotium gesserit, utilitatem in ea re spectandam esse: ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur. Eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset: Quanti ea res erit: ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatam interpretemur.

Ulpianus lib. 77 ad Edictum[104]).

Si procurator sisti aliquem sine poena stipulatus sit: pot-

---

21 §. 3, l. 28 D. de negot. gest. (3. 5). Zimmermann im neuen Arch. f. Handelsr. Bd. 1, S. 77. Seuffert, Arch. XI, 36. XIV, 23 S. 32 f. not. 4. — Das Uebersehen dieses Rechtsatzes verleitet zu gefährlichen Irrthümern, wie denn z. B. Rizze im neuen Arch f. Handelsr. Bd. 1, S. 423 wegen Mangels eines eignen Interesse den Abschluß einer Seeversicherung für einen Anderen auf eignen Namen, und folgeweise die Uebertragung eines Klagerechts aus der Police des versicherten Commissionärs auf den Committenten für unmöglich erklärt. — — 101) S. Zaun im Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. Bd. 1, S. 58. Vergl. indeß oben S. 339 not. 73. — — 102) S. Th. II, S. 124 ff. — — 103) l. 14 D. si quis caution. (2. 11). Zimmermann im N. Arch. f. Handelsr. von Voigt und Heinichen Th. 1, S. 76 ff. — — 104) l. 81 §. 1 D. de V. O. (45. 1).

est defendi, non suam, sed ejus, cujus negotium gessit, utilitatem in ea re deduxisse. idque fortius dicendum, si: Quanti ea res sit, stipulatio proponatur procuratoris.

Durch die stipulatio de judicio sisti kann man nicht bloß versprechen, daß man sich selbst, sondern auch, daß ein Anderer sich oder daß man ihn stellen werde[105]), um in einem Processe an einem bestimmten Tage vor der Obrigkeit weiter zu verhandeln[106]). Immer aber gehört die Stipulation zu den prätorischen Stipulationen, und zwar zu derjenigen Art derselben, welche communes genannt werden, weil sie sowohl auf Fortgang und Erfolg eines bereits vor den Prätor gebrachten Processes, als auf Begründung einer neuen Klage abzwecken[107]). Der Procurator, welcher diese Stipulation für den dominus litis abschließt, ist daher nicht nur zur Cession verpflichtet, sondern der Klage auch ohne Weiteres durch fingirte Cession, welche dem dominus eine in eignem Namen anzustellende utilis actio verschafft, dergestalt verlustig[108]), daß er seine directa actio nur noch mit Zustimmung des dominus durchzuführen vermag[109]). Ist nun die Stipulation nicht auf eine bestimmte Summe, sondern entweder auf ein bloßes Quanti ea res erit, oder gar auf das nackte sisti gerichtet, so scheint es fast, als ob die Stipulation ungültig sei, weil der Procurator, welcher die actio judicati durch wirkliche oder fingirte Cession dem dominus überlassen muß, was ihn selbst betrifft, keinerlei Interesse an der Fortsetzung des Processes und somit an der Stipulation hat. Allein weil der Procurator durch die Stipulation ein fremdes Geschäft besorgt hat, so läßt sich vertheidigen, daß nicht das Interesse des Procurators, sondern das Interesse des Vertretenen in's Auge gefaßt wird, so daß der in der Tagfahrt sich selbst oder den betreffenden Dritten nicht stellende Promissor aus der Stipulation dem Procurator so viel verwirkt, als das Interesse des dominus beträgt; denn als Vertreter fremder Angelegenheiten hat der Procurator wenigstens insofern ein Interesse an der Stipulationsforderung, als er verpflichtet ist, durch wirkliche oder fingirte Uebertragung derselben dem dominus die Möglichkeit zu verschaffen, sein, des dominus, eignes Interesse durch die utilis actio geltend zu machen. Das Interesse der directa actio des Procurators als Cessionsverpflichteten beläuft sich

105) l. 3 D. si quis in jus voc. (2. 5), l. 10 pr., l. 11 D. si quis caut. (2. 11), l. 81 pr. D. de V. O. (45. 1), l. 38 §. 24, l. 69, l. 83 §. 8 D. eod., l. 45 §. 3 D. mand. (17. 1). — — 106) Keller, Proc. §. 47. l. 15 D. rat. rem hab. (46. 8). — — 107) l. 1 §. 3 D. de stipul. praetor. (46. 5). — — 108) l. 3, l. 5 D. de stipul. praetor. (46. 5). S. Th. I, S. 419 ff. — — 109) l. 39 §. 1 D. de procur. (8. 3). S. Th. I, S. 485 f. Th. II, S. 186. 263 ff.

also gerade so hoch, als das Interesse des dominus als Cessionsberechtigten, weshalb nach des Neratius und Ulpianus richtiger Ausführung schließlich dieses Interesse den Inhalt der directen Stipulationsforderung bestimmt.

Dasselbe ist der Fall, wenn die Stipulation nicht auf das bloße sisti, sondern auf: Quanti ea res erit gestellt ist, da auch bei der Ausmessung des Quanti ea res erit nicht von dem Interesse des Procurators, sondern nur von dem Interesse des dominus ausgegangen werden kann.

Ist diese Erklärung richtig, so folgt daraus, daß der dominus als wirklicher oder fingirter Cessionar aus der Stipulation des Procurators gegen den der Gestellungspflicht nicht nachgekommenen Promissor in irgend einer Weise sein eignes Interesse einzuklagen fähig sein muß, und daß dieses gerade deshalb, weil es durch die im Namen des Procurators anzustellende directa actio an sich nicht möglich ist, nur durch die in des dominus eignem Namen anzustellende utilis actio geschehen kann, so daß erst deren Inhalt auch der directa actio des cessionspflichtigen Procurators ihren Inhalt giebt, und erst auf diesem Umwege der auf eine wirkliche Cession sich stützende dominus in den Stand gesetzt wird, auch mit der in des Procurators Namen erhobenen directa actio sein eignes Interesse zu erlangen.

Dasselbe von Fällen wirklicher Cession bezeugen Ulpian und Paulus; jener indem er den Pfandgläubiger, welcher durch den Verkauf einer vom Verpfänder zum Pfande erhaltenen fremden Sache sich bezahlt gemacht hat, verpflichtet, dem Käufer, welchem die Sache evincirt ist, die actio pignoratitia contraria gegen den Verpfänder abzutreten, obgleich das Interesse des Pfandgläubigers an dieser Klage lediglich in der Möglichkeit der schuldigen Cession besteht, mithin durch das selbständige Interesse des Käufers als Cessionar bestimmt sein muß [110]); dieser indem er dem Käufer einer Forderung auch auf Cession des dem Verkäufer nach dem Verkaufe vom Schuldner bestellten Pfandrechts Anspruch giebt [111]). Erwägt man nämlich, daß die directe Pfandklage, welche der Verkäufer nach dem Verkaufe erworben hat, nur an die dem Verkäufer nach dem Verkaufe zwar ipso jure verbliebene, aber ope exceptionis entkräftete Schuldforderungsklage sich anzulehnen vermag und dieser ihrer accessorischen Eigenschaft halber derselben exceptio doli unterliegen muß, welcher die directe Hauptklage des Verkäufers unterliegt [112]): so beschränkt sich das ganze In-

---

[110]) l. 38 D. de evict. (21. 2). S. Th. I, S. 224 zu not. 20. — — [111]) l. 6 D. de her. vel act. (18. 4). S. Th. II, S. 183 ff. — — [112]) l. 2 quae res pign. (20. 3), l. 43 D. de solut. (46. 3).

teresse, welches der Verkäufer an diesem Erwerbe hat, auf die dadurch erlangte Möglichkeit, die Klage dem Käufer zu cediren [113]). Könnte also der Käufer nicht auf Grund der Cession mit der utilis hypothecaria actio sein eignes Interesse gegen den Cessus wahrnehmen, so hätte er kein Interesse, die Cession der hypothecaria actio zu fordern, und der Verkäufer kein Interesse, die hypothecaria actio überhaupt zu begründen. Auch das mit der directa hypothecaria actio des Verkäufers von diesem selbst oder in seinem Namen von dem Käufer als procurator in rem suam zu verfolgende Interesse des Verkäufers muß daher sein Maß lediglich in dem Interesse des Käufers finden.

Wir dürfen hiernach unseren zweiten Satz als vollständig bewiesen erachten, um so mehr, da es unseres Wissens in Theorie und Praxis noch Keinem eingefallen ist, zu behaupten, daß der nach heutigem Rechte stets im eignen Namen klagende Cessionar von dem säumigen oder sonst seiner Schuldigkeit nicht genügenden Cessus etwas anderes als sein Interesse zu fordern habe, obwohl der verbreitete Irrthum, daß auch die Formel der utilis actio in der intentio auf des Cedenten Person gelautet habe, naheliegende Zweifel hätte wachrufen können [114]).

Fortsetzung.

§. 35. Die im vorstehenden Paragraphen dargelegten Wahrheiten führen zu zwei Consequenzen, die besonders namhaft zu machen sind, weil sie nicht selten verkannt werden. Diese Consequenzen bestehen darin, daß

1. das in derselben Person stattfindende Zusammentreffen der Schuld mit der utilis actio des Cessionars den Schuldner ohne Weiteres befreiet, das Zusammentreffen mit der directa actio des Cedenten hingegen den Schuldner nichtsdestoweniger der utilis actio des Cessionars unterworfen sein läßt; und

2. jeder Conflict zwischen der utilis actio des Cessionars und der directa actio des Cedenten ohne Betheiligung des Cessus der Gegenstand eines Processes unter den streitenden Theilen werden kann.

Zu 1. Daß das in derselben Person stattfindende Zusammentreffen der Schuld und der utilis actio des Cessionars den Schuldner ohne Weiteres befreiet, ergiebt sich aus

---

[113]) l. 36 fin. D. de fidej. (46. 1), l. 14 pr. D. mand. (17. 1), l. 80 pr. D. de furt. (47. 2). — — [114]) Auch das A. D. H. G. B. Art. 405 besagt nur, daß der Destinatär mit der auf fingirter Cession beruhenden (s. S. 209 f.) utilis actio auf Ablieferung des Frachtguts gegen den Frachtführer in eignem Namen sein Interesse auf eigne oder fremde Rechnung einklagen könne.

Pomponius lib. 7 ex Plautio [1]).

Qui duos reos ejusdem pecuniae habet, Titium atque Maevium, ita legavit: Quod mihi Titius debet, Maevio heres meus dato; quod Maevius debet, Sejo dato: his verbis onerat heredem; nam cum actiones suas heres Maevio praestiterit adversus Titium, videtur Maevius facto ejus liberatus esse; et idcirco Sejo heres tenebitur.

Pomponius spricht von der utilis actio, weil Mävius, sobald der Erbe ihm seine Klagen gegen Titius überwiesen hat, durch die Handlung des Erben entlastet sein soll, während er erst durch die litiscontestatio, also durch seine eigne Handlung, entlastet sein würde, wenn er direct in des Cedenten Namen geklagt hätte [2]). Erwägt man nun theils, daß das vorjustinianeische Recht, im Fall derselbe Gegenstand zwei Legataren, jedem besonders, per damnationem vermacht war — und um ein solches Legat handelt es sich hier —, dem Einen die Sache, dem Andern den Werth derselben zusprach [3]), indem erst Justinian [4]) nach Herausgabe der Pandecten im J. 534 den Anspruch jedes Legatars, sofern nicht vom Testator ausdrücklich das Gegentheil verordnet worden, auf die Hälfte der Sache herabgesetzt hat, theils daß eine Cession Einzelner von mehreren Correalschuldnern wörtlich verstanden und ohne Befreiung der Uebrigen nach römischem Rechte unzulässig gewesen sein dürfte [5]): so erklären sich obige Worte leicht dahin:

Der Gläubiger, welcher den Titius und Mävius zu Correalschuldnern hat, und dem Mävius die Schuld des Titius, dem Sejus die Schuld des Mävius vermacht, beschwert dadurch den Erben; denn wenn der Erbe, der in solchem Falle anzunehmenden Absicht des Testators gemäß alle seine Klagen aus der Gesammtobligation, wie sie ihm sowohl gegen den Titius, als gegen den Mävius selbst zustehen (actiones suas), dem Mävius cedirt, so erlangt Mävius eine utilis actio gegen sich selbst, wie gegen Titius. Die utilis actio gegen Mävius selbst hebt sich mit der entsprechenden Schuld sofort auf, wie die directa actio des Testators mit der Schuld sich aufgehoben haben würde, wenn Mävius Erbe des Testators oder umgekehrt der Testator Erbe des Mävius geworden wäre [6]). Mävius wird also durch

---

1) l. 13 pr. D. de legat. II (31). — — 2) l. 29 D. de liberat. leg. (34. 3). S. Th. II, S. 7 ff. — — 3) Gaj. II, 205. Epit. Gaji II, 5 §. 4. 5. Ulp. fr. XXIV, 13. l. 13 §. 1 D. de legat. II (31). — — 4) l. un. §. 11 C. de caduc. (6. 51). — — 5) l. 82 §. 5 D. de legat. I (30). Fritz in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 19, S. 64 ff. — — 6) l. 71 D. de

Confusion von der Obligation frei, ohne daß Titius zugleich befreiet wird. Titius ist vielmehr der utilis actio des Mävius verhaftet und der Erbe, durch dessen Cession Mävius befreiet worden, hat dem Sejus den Streitwerth zu zahlen, weil er die testamentarische Verpflichtung, dem Sejus die Forderung gegen Mävius abzutreten, nicht mehr erfüllen kann.

Das Princip, welches hier zur Anwendung gebracht ist, besteht in der durch Confusion bewirkten Aufhebung der Schuld des Cessus und der Forderung des Cessionars. Dasselbe Princip muß selbstverständlich gleiche Wirkung äußern, wenn das Zusammentreffen von Schuld und utilis actio in Einer Person durch Universalsuccession oder auf irgend eine andere Weise herbeigeführt worden ist. Der in der Praxis nie bezweifelte Satz, daß der debitor cessus, welcher den Cessionar beerbt oder vom Cessionar beerbt wird, durch Confusion zur Entlastung gelangt[7]), ist also auch theoretisch gerechtfertigt.

Ebendeshalb kann umgekehrt das in der Person des Cedenten stattfindende Zusammentreffen von Schuld und directa actio für die fortdauernde Wirksamkeit der utilis actio des Cessionars kein Hinderniß sein. In der That findet sich auch dafür ein klares Zeugniß in der mehrerwähnten l. 63 D. de reivind. (6. 1)[8]).

Wenn — lehrt Papinian daselbst — der Eigenthümer, welcher als Nichtbesitzer die reivindicatio wirklich oder fingirt cedirt hat, durch spätere Besitzerlangung in die der utilis in rem actio des Cessionars oder Quasicessionars entsprechende Verbindlichkeit zum restituere eintritt, so erlischt zwar die directa actio des Cedenten oder Quasicedenten, nicht aber die utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars; denn die Verbindlichkeit des Cessus beschränkt sich nicht darauf, dem Cessionar oder Quasicessionar durch Restitution der Sache den Besitzerwerb für den Cedenten oder Quasicedenten möglich zu machen, sondern erstreckt sich dahin, demselben den Cessions- oder Quasicessionszwecken gemäß durch den Besitzerwerb für den Cedenten schließlich zum Erwerbe eigner Detention, eignen Besitzes oder Eigenthums zu verhelfen, eventuell für die Vereitelung dieses Erwerbes Entschädigung zu zahlen. Dieser für den Cessionar oder Quasicessionar wesentlichere Theil der Obliegenheit des Cessus ist durch den Besitzerwerb des Cedenten nicht erschöpft worden. Es ist also ganz consequent, daß die

---

fidej. (46. 1) . . . confusione obligationis eximi personam. . . cf. l. 37 §. 4 D. de legat. III (32). — — 7) Vergl. z. B. Borchardt, A. D. Wechsel-O. S. 82. Auch Seuffert, Arch. XVII, Nr. 144. — — 8) S. Th. I, S. 259 ff. Th. II, S. 330 ff.

utilis in rem actio des Cessionars oder Quasicessionars zur Erreichung dieses Zwecks auch gegen den Cedenten oder Quasicedenten in seiner Eigenschaft als Besitzer der Sache und Schuldner des restituere soll gerichtet werden können, und jeder spätere Besitznachfolger des Cedenten oder Quasicedenten der utilis in rem actio des Cessionars oder Quasicessionars gleichfalls unterliegt. Freilich bewirkt die nur durch replicatio doli zu beseitigende exceptio dominii, daß gleich dem Cedenten und Quasicedenten nur derjenige Eigenthumsnachfolger desselben mit Erfolg auszuklagen ist, welcher am dolus des auctor Theil genommen hat oder seinen Erwerb auf eine causa lucrativa stützt [9]); allein die utilis reivindicatio an sich ist nichtsdestoweniger wie gegen den Cedenten oder Quasicedenten selbst, so gegen jeden Besitznachfolger desselben begründet.

Von gleichen Grundsätzen geht in einer anderen, ebenfalls schon berührten Stelle Marcian aus, indem er demjenigen, welcher vom Nutznießer die Nießbrauchsausübung gekauft hat, die durch fingirte Cession erworbene utilis usufructus vindicatio nicht bloß gegen jeden Dritten, sondern auch gegen den später zur Detention der nießbrauchspflichtigen Sache zurückgelangten Nutznießer selbst anzustellen gestattet [10]).

Nach denselben Principien sind aber auch alle anderen Fälle zu beurtheilen, in denen die Schuld des Cessus mit der directa actio des Cedenten in derselben Person sich vereinigt, mag die Ursache der Vereinigung sein, welche sie wolle. Oder sollte wohl Jemand zweifeln, daß z. B. die hypothekarische Klage oder die actio quod metus causa als utilis actio vom Cessionar oder Quasicessionar gegen den später in Besitz der betreffenden Sache gekommenen Cedenten oder Quasicedenten angestellt werden könne, möge der Besitzerwerb in dem Kaufe der Sache oder in der Beerbung des früheren Besitzers seinen Grund haben? Und ebenso verhält es sich bei allen von Besitz absehenden persönlichen Klagen, sobald Schuld und directa actio in der Person des Cedenten oder Quasicedenten durch Beerbung oder andere Vorgänge gleicher Wirkung zusammentreffen; denn so wenig der Cessus durch die dem Cedenten geleistete Zahlung von der utilis actio des Cessionars frei wird, ebenso wenig darf die der Zahlung gleichgeachtete Confusion zwischen Schuld und directa actio vom Cessionar befreien, zumal der Cessus wegen seiner gleichzeitigen Eigenschaft als Cedent mit der Cession niemals unbekannt sein kann. In Uebereinstimmung

---

[9]) S. Th. II, S. 332 ff. — — [10]) l. 11 §. 2 D. de pign. et hyp. (20. 1). S. Th. II, S. 331 ff.

stimmung mit ebendahin zielenden Andeutungen, welche ein schon früher erklärtes Bruchstück African's enthält[11]), schreibt daher die Basilikenscholie ganz allgemein[12]):

Οὐδεὶς ἐκχωρεῖν δύναταί τι καθ' ἑαυτοῦ· ἀλλ' εἰ ἄρα συνίστησι.

d. h. Niemand kann etwas gegen sich selbst abtreten, es sei denn, daß die Cession früher Bestand gewonnen habe, mit anderen Worten, daß die Anfangs gegen einen Dritten als debitor cessus gerichtete utilis actio erst später gegen den durch irgend ein Ereigniß an die Stelle des debitor cessus getretenen Cedenten sich gekehrt habe.

Die praktisch völlig unhaltbare Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche durch den Zusammenfluß der Vermögen des Cedenten und des Cessus das Klagerecht des Cessionars erlöschen lassen[13]) und z. B. dem Curator, welcher dem Minderjährigen wegen ungenügender Verurtheilung des früheren Tutor Schadensersatz geleistet hat[14]), das dafür vom Minderjährigen cedirte Klagerecht gegen den Tutor versagen müßten, sobald der Tutor den Minderjährigen oder der Minderjährige den Tutor beerbt hat, erscheint hiernach auch theoretisch als unbegründet und irrig. Es rechtfertigt sich vielmehr selbst das im Verkehr ohne Anstand für zulässig erachtete Verhältniß, daß dem Cessionar die Schuld des debitor cessus nicht bloß von jedem Dritten, sondern sogar vom Cedenten selbst verbürgt und durch Pfänder gesichert werde[15]).

Daß übrigens der Cedent, welcher zugleich Cessus geworden ist, nicht bloß in seiner Eigenschaft als Cessus der utilis actio, sondern unter Umständen auch in seiner Eigenschaft als Cedent der aus der causa cessionis abzuleitenden Geschäftsklage des Cessionars, z. B. als Erbschaftsverkäufer, welcher nach dem Verkaufe einen Erbschaftsschuldner beerbt hat, außer der utilis actio des Erbschaftskäufers auch der emti actio desselben unterworfen ist[16]), thut unseren Ausführungen keinen Eintrag. Ebenso wenig, daß das Legat eines nomen erlöschen

---

[11]) l. 20 D. de her. vel act. (18. 4). S. Th. II, S. 119 ff. — — [12]) Schol. 6 zu Basil. XLII, 1 c. 19 §. 3 (Heimb. IV, p. 205): Nemo adversus se ipsum aliquid cedere potest; nisi si constitit. S. Th. I, S. 51 f. — — [13]) v. Scheuerl, Beiträge I, S. 88. A. M. sind Ihering in Jahrb. f. Dogmat. I, S. 111 not. 6. Bähr a. a. O. S. 443 ff. — — [14]) l. 25 D. de adm. et per. (26. 7), l. 20 §. 1 D. de tut. (27. 3). S. Th. I, S. 26 not. 5. Th. II, S. 45 ff. — — [15]) Dem Verfasser selbst sind Fälle der Art vorgekommen. — — [16]) l. 20 pr. D. de her. vel act. (18. 4). S. Th. II, S. 119 ff. cf. l. 27 §. 11, l. 58 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). Mühlenbr., Ceff. S. 516.

soll, wenn der Testator vor seinem Tode den Schuldner beerbt und das Legat nicht erneuert[17]). In diesem Falle, wie in dem gleichen Falle, wenn der Testator vor seinem Tode vom Schuldner Zahlung empfängt[18]), wird ja durch die Aufhebung der directa actio nicht die Aufhebung einer schon entstandenen utilis actio bewirkt, sondern nur die spätere Entstehung einer noch nicht vorhandenen utilis actio verhindert[19]), welches letztere ebenso natürlich ist, als das erstere unnatürlich und verkehrt sein würde.

Zu 2. Die utilis actio des Cessionars und die directa actio des Cedenten können mit einander in einen Conflict gerathen, an dessen Austragung der Cessus nicht das mindeste Interesse hat. Sehr natürlich also, daß die Austragung unter den streitenden Theilen den Vorwurf eines Processes bildet, dessen Erledigung die Betheiligung des Cessus nicht erfordert. Die Römer folgen dieser natürlichen Ansicht, obgleich ihnen für Streitigkeiten der Art eine Formel fehlt. Der Prätor half nämlich durch eine cognitio extraordinaria, die bekanntlich stets der Formel ermangelt[20]), jedoch nichtsdestoweniger mit der Wirkung, daß daraus eine analoge exceptio rei in judicium deductae und exceptio rei judicatae erwächst[21]), gleich dem Ordinarprocesse durch die litiscontestatio in zwei Stadien zerlegt[22]) und durch eine Entscheidung beendigt wird[23]). Von dem Falle, wenn der Cedent mit dem Cessionar in Streit ist, wer von beiden den Cessus zu belangen und von demselben das Geld einzunehmen habe, sagt Ulpian mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die dem Cessionar selbständig im eignen Namen zustehende utilis actio[24]):

> Procuratore in rem suam dato praeferendus non est dominus in litem movendam vel pecuniam suscipiendam.

Dieser Satz ist — wie die Basilikenscholie bezeugt[25]) — nur zufällig negativ ausgedrückt, dem Sinne nach also gleichbedeutend mit der po-

---

[17]) l. 21 §. 1 D. de liberat. leg. (34. 3). — — [18]) l. 21 pr. D. de liberat. leg. (34. 3), l. 75 §. 2 D. de legat. I (30), cf. l. 11 §. 13 D. de legat. III (32). — — [19]) arg. l. 58 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — [20]) l. 47 §. 1 D. de neg. gest. (3. 5). Gaj. II, 278. Ulp. fr. XXV, 12. — — [21]) Schol. 14 zu Basil. XVII, 2 c. 3 (suppl. ed. Zach. de Lingeth. p 156), l. 2 C. Herm. de calumn. et pluspet. (5). Schulting, jurispr. Antej. p. 712. — — [22]) l. 33 fin. D. de legat. I (30), l. 20 §. 1, l. 30 D. de minor. (4. 4), l. 35 §. 1 D. de auro et arg. leg. (34. 2), l. 52 pr. D. de judic. (5. 1), l. 6 C. de in integr. rest. (2. 22), l. 1, l. 4 C. de usur. et fruct. (6. 47), l. 7 §. 1 C. ad SCt. Trebell. (6. 49). Wieding, Justin. Libellproc. S. 95 ff. — — [23]) l. 39 pr. D. de evict. (21. 2). — — [24]) l. 55 D. de proc. (3. 3). S. Th. I, S. 17. Th. II, S. 63. 217. 229. 259. — — [25]) Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 16. Schol. 2 zu Basil. XI, 1 c. 63 (Heimb. I, p. 585. 642 sq.). In-

sitiven Vorschrift, daß im Conflicte mit dem Cedenten dem Cessionar in Belangung des Schuldners und Einziehung des Geldes der Vorzug zu geben sei. Selbstverständlich geschieht die Ertheilung dieses Vorzugs durch den Prätor nicht ohne causae cognitio, da sie eine Abwägung der für die gegenseitigen Ansprüche streitenden Gründe voraussetzt[26]). Der Prätor hat mithin nicht bloß beide Prätendenten zu hören, sondern auch alles, was eine eingehende Sachuntersuchung sonst noch erfordert, vorzunehmen, und erst wenn sich ergeben hat, daß der eine Prätendent von dem anderen aus einer justa causa zum procurator in rem suam bestellt worden sei, durch ein Decret dem Cedenten das in Anspruch genommene Klagrecht als directa actio abzuschlagen (denegare), dem Cessionar dasselbe als utilis actio zu gewähren (dare).

Bestätigt wird diese Ansicht durch die Basilikenscholie[27]), welche dieselbe Entscheidung Platz greifen läßt, wenn ein Quasicessionar mit dem Quasicedenten, z. B. der Erbschaftskäufer mit dem Erbschaftsverkäufer hinsichtlich der erbschaftlichen Forderungen, der Kläger mit seinem Proceßprocurator hinsichtlich der Forderung aus der dem Letzteren vom Beklagten gestellten cautio judicatum solvi, über die Klagbefugniß rechtet; denn daß dieser ohne Zweifel auch durch Rechtsmittel anfechtbaren Entscheidung[28]) ebenfalls eine genaue Untersuchung des Quasicessionsgrundes voranging, folgt nicht bloß aus der allgemeinen Erwägung, daß dieselbe nur in Form eines Decrets abgegeben sein kann, welches niemals einer ausreichenden causae cognitio ermangeln durfte[29]), sondern auch aus der speciellen Mittheilung, daß und in welcher Weise gerade demjenigen Decrete, wodurch der Prätor die mit der oberwähnten translatio der Stipulationsforderung aus der cautio judicatum solvi öfter in Verbindung stehende translatio des judicium von dem aus der litiscontestatio direct berechtigten Procurator auf den durch fingirte Cession utiliter an die Stelle tretenden Kläger verfügte, eine sorgfältige Prüfung der beiderseitigen Ansprüche auf Betreibung des Processes zur Grundlage dienen mußte[30]). Das zwischen dem Cessionar und dem Cedenten oder zwischen dem Quasicessionar und dem Quasicedenten entscheidende Decret des Prätors kam also nicht anders zu Stande, als alle übrigen Decrete, durch welche der Prätor unter ähnlichen Voraussetzungen nach vorgängiger Sachuntersuchung Klagerechte als directae actiones dem Einen zu ver-

---

terpr. zu Basil. VIII, 2 c. 27 §. 1 (Heimb. I, p. 364). — — [26]) Francke, Comment. zum Pandectentitel de her. pet. S. 423 f. — — [27]) S. Note 25. — — [28]) S. Th. I, S. 189 not. 15. — — [29]) Keller, Proc. §. 3 not. 41. — — [30]) l. 25 — l. 27 D. de procur. (3. 3).

weigern pflegte, um sie als utiles actiones dem Anderen zu geben [31]).

Der Streit braucht aber natürlich nicht immer zu Gunsten des Cessionars oder Quasicessionars auszufallen. Selbst wenn durch wirkliche oder fingirte Cession an sich utiles actiones auf den Cessionar oder Quasicessionar übergegangen sind, kann der Uebergang ope exceptionis unwirksam sein oder werden und dadurch die directa actio des Cedenten freien Spielraum gewinnen oder behaupten. Hat z. B. der Cessionar die Cession vom Cedenten durch Gewalt erpreßt [32]), oder der Erbschaftskäufer den Erbschaftsverkäufer beim Handel betrogen [33]), oder der ex causa legati durch wirkliche oder fingirte Cession mit utiles actiones versehene Legatar wegen unerfüllt gelassenen modus das Klagerecht verwirkt [34]), oder der Pfandgläubiger bei dem zu seiner Befriedigung vorgenommenen Verkaufe die einredefreie Ausübung der directa hypothecaria actio bis zum Empfange des Kaufgeldes sich vorbehalten [35]), oder der Principal dem Proceßprocurator, welcher ihm durch fingirte Cession eine utilis judicati actio auf Ersatz der Proceßkosten wider den Proceßgegner verschaffte, die aufgewandten Kosten und Auslagen wegen Vermögensunzulänglichkeit nicht zu vergüten vermocht [36]): so wird der über die Berechtigung zur Klage zwischen dem Cedenten oder Quasicedenten einerseits und dem Cessionar oder Quasicessionar andererseits gepflogene Rechtstreit zu Gunsten des Ersteren zu entscheiden sein.

Wie zwischen dem Cessionar und dem Cedenten, ebenso ist aber auch zwischen mehreren, ihre Klagberechtigung von demselben Cedenten ableitenden Cessionaren, ja selbst zwischen einem Cessionar, Forderungspfandgläubiger oder Forderungsnutznießer des Cessionars einerseits und dem Cedenten oder einem späteren Cessionar, Forderungspfandgläubiger oder Forderungsnutznießer des Cedenten andererseits der Streit zu erledigen; denn wenn dieses auch nicht gerade ausdrücklich in den Rechtsbüchern bezeugt wird, so darf doch schon deshalb nichts anderes angenommen werden, weil alles andere nicht bloß der Analogie des vielleicht sogar im ordo judiciorum zu verhandelnden Prioritätstreits

---

31) l. 5 §. 29. 30 D. ut in poss. legat. (36. 4). S. Th. I, S. 188 f. not. 14. — — 32) In dem Fragmente eines im südlichen Aegypten gefundenen lateinischen Kaiserrescripts auf Papyrus aus dem fünften Jahrhundert befiehlt der Kaiser dem magister officiorum Andreas in der Thebais: eas cessiones, quas timor extorsisse detegitur, antiquari. S. Mommsen in Jahrb. f. gem. R. VI, S. 401. 414. — — 33) l. 4 C. de her. vel act. (4. 39). S. Th. II, S. 191 ff. — — 34) l. 21 §. 3 D. de ann. legat. (33. 1). S. Th. II, S. 191 ff. — — 35) l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. Th. I, S. 258 f. — — 36) l. 30 D. de procur. (3. 3). S. Th. I, S. 434 f. Th. II, S. 190.

zwischen mehreren Forderungspfandgläubigern[37]), sondern selbst der Analogie der vorerwähnten Bestimmungen widersprechen würde, und ein gleiches Verfahren zur Feststellung der zwischen Mehreren streitigen Klagberechtigung auch in ähnlichen Fällen gebräuchlich ist[38]).

Endlich ist zu bemerken, daß der Streit über die Sachlegitimation zwischen zwei Prätendenten ausgefochten werden kann, mag die Zeit der von beiden Seiten in Anspruch genommenen Forderung bereits gekommen oder wegen Bedingungen und Fristen noch in Aussicht sein; denn ein rechtliches Interesse, die Klagberechtigung festgestellt zu sehen, ist im letzten Falle so gut denkbar als im ersten, und daß die Römer einem solchen Interesse ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der fraglichen Forderung gerecht zu werden suchten, zeigt die Analogie ähnlicher Fälle, indem z. B. mehreren Erbprätendenten nicht weniger gestattet ist, den Streit über die Activlegitimation zu bedingten und betagten Forderungen, als den Streit über die Activlegitimation zu fälligen Forderungen gerichtlich auszutragen[39]).

Hiernach haben diejenigen Rechtslehrer Unrecht, welche es überhaupt für unzulässig halten, daß der Streit, wer der rechte Gläubiger zu einem Forderungsrechte sei, unter den betheiligten Prätendenten ausgefochten werde, ohne den Cessus nicht etwa bloß zur Geltendmachung eigner Interessen als Nebenpartei zuzulassen[40]), sondern selbst bei gänzlich mangelndem eignen Interesse als Hauptpartei heranzuziehen; denn auch der völlig unbetheiligt gebliebene Cessus wird durch die unter den Prätendenten herbeigeführte Streiterledigung insofern gebunden, als derselbe den ihm bekannt gewordenen Entscheid oder Vergleich ohne Gefahr doppelter Zahlung nicht unbeachtet lassen darf[41]),

---

37) S. Th. I, S. 115. 310. Buchka, de pignore nominis p. 41 sq. — — 38) l. 22 §. 6, l. 34 D. sol. matr. (24. 3), l. 48 §. 1 D. de jure dot. (23. 3), l. 71 §. 3 D. de condit. (35. 1), l. 69 §. 2 D. de legat. I (30). — l. 5 §. 5 D. de his, qui effud. (9. 3), l. 3 §. 1 D. de popul. act. (47. 23), l. 3 §. 12 D. de hom. lib. exhib. (43. 29), l. 5 §. 1 D. de liber. causa (40. 12), l. 5 §. 1 D. de collus. deteg. (40. 16), l. 3 pr. D. de sepulcr. viol. (47. 12), l. 1 §. 2 D. de loco publ. frueudo (43. 9) (cf. Salkowski, jur. Person. S. 32). — Ebenso nach neuerem Rechte ein Streit über die Ansprüche mehrerer Inhaber von Konnossementen, Ladescheinen u. s. w. A. D. H. G. B. Art. 648. 651. 416. 417. Gad, Handb. des deutsch. Handelsr. Th. I, S. 301. — Seuffert, Arch. XIII, Nr. 92. Entw. eines deutschen Ges. über Schuldverh. Art. 320. Gerau, über richterliche Bestätigung S. 146 f. — — 39) l. 16 pr. D. de her. pet. (5. 3). Francke, Comment. über den Pandectentit. de her. pet. S. 187 ff. cf. l. 14 D. de pign. et hyp. (20. 1). — — 40) l. 25 D. de procur. (3. 3) . . . Sed si adversarius, vel ipse procurator dicat, dominum mentiri. — — 41) l. 203 D. de reg. jur. (50. 17), cf. l. 45 §. 1 D. de act. E. V. (19. 1), l. 16 §. 2 D. de inoffic. testam. (5. 2), l. 50 §. 1 D. de legat. I (30).

vielmehr die Klage des unterlegenen Prätendenten durch exceptio doli abzulehnen und nur der Klage des Siegers nachzugeben verpflichtet ist, weil die dem Besiegten wider besseres Wissen geleistete Zahlung gegen die Klage des Siegers keine exceptio doli begründen, den Schuldner also dem Sieger gegenüber weder ipso jure noch ope exceptionis befreien würde[42]).

Daß übrigens nach dem Wegfalle des Unterschiedes zwischen prätorischer und judicieller Entscheidung schon im späteren römischen Rechte der Rechtstreit unter den Prätendenten in den gewöhnlichen Formen des Processes zum Austrage gebracht sein wird, braucht kaum angedeutet zu werden[43]). Für das heutige Recht sind daraus genau die Folgerungen zu ziehen, welche Bähr[44]) mehr vom praktischen Standpunkte zu vertheidigen unternommen hat, obgleich derselbe zur Vermeidung von Mißverständniß vielleicht besser gethan hätte, das dem Cessionar zum Schutze seines Gläubigerverhältnisses einzuräumende Rechtsmittel, welches eher die Natur der Präjudicialklagen zu theilen scheint, nicht als eine Art von in rem actio darzustellen[46]). Sei dem indeß, wie ihm wolle, wahr ist unter allen Umständen, daß jeder Prätendent, welcher sich in der freien Erhebung seiner Forderung gehindert sieht, gegen den Anderen als Kläger auftreten und die Klagbitte auf Anerkennung seiner Sachlegitimation richten darf, daß später das Urtheil dem Kläger das Recht der Forderung zu- oder abzusprechen hat, und daß alles in dem allgemein üblichen Rechtswege ohne nothwendige Betheiligung des Cessus vor sich geht[47]).

Ist aber gewiß, daß einer der beiden Prätendenten den anderen von der Proceßführung wider den Cessus verdrängen kann, so ergiebt sich daraus für den Fall, wenn einer der beiden Prätendenten gerichtlich oder außergerichtlich Zahlung fordert, ohne den Streit über die

---

[42]) l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. Th. I, S. 258 f. Oesterr. G. B. §. 1424. Eine gleiche Entscheidung unter ähnlichen Voraussetzungen bei Seuffert, Arch. XV, Nr. 77. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 338. — — [43]) Wieding, Justinian. Libellproc. S. 252 ff. — — [44]) Jahrb. f. Dogmat. I, S. 480 ff. — — [45]) Keller, Proc. S. 152 ff. Rechtslexic. I, S. 97 f. — — [46]) S. Unger, Inhaberpap. S. 135 f. 139 not. 5. Protocolle der Leipziger Wechselconfer. S. 66. Thoel, Handelsr. I, §. 55 III. und not. 11. — — [47]) Arndt's Pand. Aufl. 3. §. 256 Abs. 2 a. E. Unger, Inhaberpap. S. 135. Seuffert, Arch. XIII, Nr. 19, namentlich S. 30 not. 1. XIV, Nr. 223. Arends, Sammlung interessanter Erkenntn. III, S. 192 ff. Bürgerl. G. B. f. Sachsen §. 893. Oesterr. G. B. §. 1424. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 338. Waldeck, Controversenentscheidungen Nr. II. und III. v. Bülow, Abhandlungen Th. II, S. 12 ff. Erk. des Braunschw. O. G. I. Sen. v. Decbr. 1864 J. S. Jäger wider Neuberg.

Klagberechtigung vorher mit dem anderen Prätendenten ausgemacht zu haben, die wichtige Folge, daß der Cessus nur dem anderen Prätendenten mit der Aufforderung zur Intervention den Streit zu verkünden braucht, um zu bewirken, daß sein gutgläubiges Eingehen auf die Forderung jenes ersteren Prätendenten auch von diesem zweiten Prätendenten als gerechtfertigt anerkannt werden muß; denn wenngleich der Intervenient, je nachdem der Cessus seine Vertheidigung auf die Verneinung, daß der erste Prätendent der rechte Gläubiger sei, beschränkt oder auf die Verneinung, seinerseits überhaupt schuldig zu sein, ausdehnt, genöthigt ist, seine Waffen entweder ausschließlich in Unterstützung des Cessus gegen den ersten Prätendenten oder zugleich theils in Unterstützung des Cessus gegen den ersten Prätendenten, theils in Unterstützung des ersten Prätendenten gegen den Cessus zu kehren — sog. accessorische und sog. Principal-Intervention[48]) —: so ist doch unter allen Umständen gewiß, nicht nur daß der auf erhaltene Aufforderung wirklich intervenirende Prätendent durch den Ausgang des Processes gebunden wird[49]), sondern auch daß der trotz erhaltener Aufforderung in Unthätigkeit verharrende Prätendent dem Schuldner nicht zumuthen darf, zur Wahrnehmung fremder Anliegen seinerseits Opfer zu bringen. Wie nämlich der Schuldner, welcher ohne Berücksichtigung des ihm bekannten besseren Anspruchs des unthätigen Prätendenten ohne Weiteres dem schlechteren Anspruche des thätigen Prätendenten Folge leistet, gegen den unthätigen Prätendenten unredlich handelt, weil — nach Tryphonin's Ausspruche[50]) — nur diejenige Gerechtigkeit zu billigen ist, welche Jedem das Seine in der Weise gewährt, daß es nicht dem gerechteren Anspruche irgend einer andern Person entzogen werde: so handelt umgekehrt der nichtthätige Prätendent, welcher die ihm vom Schuldner zur Geltendmachung seines besseren Anspruchs dargebotene Gelegenheit unbenutzt läßt und gleichwohl dem Schuldner die Einlassung auf den schlechteren Anspruch des thä-

---

[48]) Bähr a. a. O. S. 474 ff. 490 ff. Schmid, Handb. des Proc. I, S. 150 ff. Pfeiffer, prakt. Ausf. VIII, S. 668. 674. Gensler im Arch. f. civ. Pr. Bd. 4, S. 153 ff. Wetzel, Syst. 2. Aufl. S. 794 ff. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigk. S. 165 ff. Seuffert, Arch. VIII, Nr. 218. Mathiae, Controversenlexic. III, S. 426 Nr. V, Präjud. 1. Wunderlich, Jurispr. des O. A. G. Lübeck. I, S. 447 ff. — — [49]) l. 63 D. de re judic. (42. 1) . . . Nam et si libertus meus, me interveniente, servus vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur. cf. l. 5 D. si ingenuus (40. 14), c. 38 X. de test. (2. 20), l. 34 D. sol. matrim. (24. 3). Planck, Mehrheit der Rechtstreitigk. S. 175 ff. 456. Wetzel, Syst. 2. Aufl. S. 41 ff. S. 796. Maren in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 21, S. 395 ff. u. Accessor. Intervent. S. 34 f. v. Savigny, Syst. Bd. 6, S. 473 not. p. — — [50]) l. 31 §. 1 D. depos. (16. 3). cf. Cic. de offic. I, 10. III, 25. Zimmermann in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 20, S. 328 ff.

tigen Prätendenten zum Vorwurfe macht, unredlich gegen den Schuldner, weil jener Vorwurf das unbillige Verlangen einschließt, der Schuldner habe ohne eignes Interesse lediglich zum Besten des unthätigen Prätendenten die Lasten und Gefahren eines kostspieligen Processes über des einen oder des andern Prätendenten Klagberechtigung übernehmen sollen[51]. Nach vergeblich empfangener Aufforderung zur Intervention wird daher der unthätige Prätendent durch doli exceptio gezwungen, nicht allein die Zahlung, welche der Cessus dem thätigen Prätendenten mit oder ohne Proceß gutgläubig geleistet hat[52], unter der Voraussetzung, daß der Schuldner zur Abtretung der etwa durch die Zahlung auf Unkosten des unthätigen Prätendenten erworbenen Condictionen bereit ist, sondern auch ohne Weiteres die Absolution, welche der seine Schuld überhaupt bestreitende Cessus im gutgläubig geführten Processe gegen den thätigen Prätendenten errungen hat[53], wider sich gelten zu lassen[54]. Die Gleichheit des Grundes gebietet, hier dieselben Regeln anzuwenden, wie in den Fällen, wenn der Schuldner wegen Unentschiedenheit oder Unbekanntheit des Entstehens oder Wiedervergehens von utiles actiones unrichtig den Cedenten statt des Cessionars oder den Cessionar statt des Cedenten befriedigt hat[55].

Gefährdet ist demnach nur derjenige Cessus, welcher, nachdem er einem der beiden Prätendenten Zahlung geleistet oder wenigstens Zah-

---

[51]) l. 8 §. 8 fin. D. mand. (17. 1). — — [52]) l. 31 §. 1 D. depos. (16. 3) . . . Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit; quod et Marcellus in praedone et fure scribit. Diese Stelle in Verbindung mit l. 63 D. de re jud. (42. 1) widerlegt die Ansicht, daß das Gebiet der Litisdenunciation auf Evictionsprocesse und selbst nach heutigem Rechte auf Regreßberechtigungen sich beschränke. Vergl. gegen Fuchs im Arch. f. prakt. Rechtsw. II, S. 335 ff. III, S. 1 ff. Bähr a. a. O. S. 472 ff. Wetzel, Syst. 2. Aufl. S. 799 not. 21. Maren, über accessor. Intervention S. 38 ff. Braunschw. C. P. O. v. 19. März 1850. §. 69. Entw. einer allgem. deutsch. C. P. O. §. 64. 65. — — [53]) l. 63 D. de re jud. (42. 1). Die sententia inter alios judicata soll mir nur dann nicht schaden, wenn ich den andern Kläger nicht hindern (prohibere) konnte, von seinem Rechte Gebrauch zu machen: neque potui Titio intercedere, quominus jure suo uteretur. cf. l. 34 D. sol. matr. (24. 3), l. 4 §. 2—4 D. de appell. (49. 1), l. 29 §. 1 D. de exc. rei jud. (44. 2), l. 5 C. de pign. et hyp. (8. 14), l. 25 X. de sent. et re jud. (2. 27). Wetzel, Syst. 2. Aufl. S. 796 not. 5. Maren, accessor. Intervent. S. 47 ff. — — [54]) arg. l. 62 §. 1 D. de evict. (21. 2), l. 1 C. de peric. et com. (4. 48). Bähr a. a. O. S. 469 ff. Seuffert, Arch. III, Nr. 389. XI, Nr. 303. — Ebenso nach germanischem, in diesem Stücke noch jetzt in England geltenden Rechte. Sächs. Landr. III, 15 §. 1. 3. Schles. Landr. I, 14 pr. u. 27 dist. 4 (Böhme Bd. 1, Th. 4, S. 15. 25 a. E. 26). Blackstone, comment. III, 27. Vol. III, p. 447 sq. (ed. 1811). Heyse und Cropp, Abhandl. I, S. 243 not. 49. — — [55]) S. Th. II, S. 236 ff. 355.

lung durch stipulatio oder pactum versprochen hat, von dem anderen in Anspruch genommen wird, ohne diesem vorher den Streit verkündet zu haben; denn in diesem Falle würde der Cessus allerdings dem späteren Prätendenten als möglicherweise näher oder eigentlich berechtigtem Gläubiger zu abermaliger Zahlung verurtheilt werden können[56]. Indeß auch wenn dieses geschähe, würde dem gutgläubigen Cessus noch übrig bleiben, die dem entfernter oder gar nicht berechtigten Gläubiger geleistete Zahlung oder das demselben in Stipulationsform ertheilte Zahlungsversprechen als ein indebitum zu condiciren[57]) und einer Klage aus dem Zahlungsversprechen, mag dieselbe als actio ex stipulatu auf einen der condictio obligationis empfänglichen Verbalcontract, oder als actio de constituta pecunia bloß auf ein die condictio obligationis ausschließendes pactum sich stützen, mittelst der exceptio doli zu begegnen[58]). Zur Erhaltung dieses in Form der Klage oder Einrede geltend zu machenden Regresses könnte er indeß auch in dem Streite mit dem später aufgetretenen Prätendenten den Empfänger der Zahlung oder des Zahlungsversprechens zur Intervention — die hier die Gestalt der sog. Nebenintervention annehmen würde[59]) — auffordern und dadurch erreichen, daß der Ausgang des mit oder ohne Theilnahme des Aufgeforderten gutgläubig gegen den späteren Prätendenten durchgeführten Processes rücksichtlich der Existenz des Regreßanspruchs dem zur Intervention aufgeforderten Prätendenten präjudicire[60]).

Erwägen wir schließlich, daß der von mehreren Prätendenten bedrohete Cessus, um sich gegen die Gefahr doppelter Leistung zu schützen, nicht bloß, wie vorstehend ausgeführt, gegen den zunächst unthätigen Prätendenten das Recht der litisdenunciatio, sondern nach früheren Erörterungen auch gegen den zunächst thätigen Prätendenten den Anspruch auf satisdatio defensum iri zur Ausübung bringen kann[61]), so überzeugen wir uns mehr und mehr, daß eine consequente Durchführung der vom römischen Rechte für das Verhältniß zwischen dem Cedenten, bezüglich Quasicedenten und dem zur utilis actio im eignen Namen berechtigten Cessionar, bezüglich Quasicessionar aufgestellten Rechtsregeln die scheinbar widerstreitenden Bedürfnisse des Schuldners nach Sicherung vor jeglichen Nachtheilen der Cession oder Quasi-

---

[56]) l. 39 D. de neg. gest. (3. 5), l. 12 C. de solut. (8. 43). — — [57]) S. Th. II, S. 238 ff. — — [58]) S. Th. II, S. 238 ff. — — [59]) S. Th. II, S. 376 not. 48. Maren, accessor. Intervent. S. 38 ff. — — [60]) l. 8 §. 8 fin., l. 10 §. 12 D. mand. (17. 1), l. un. C. ut causa post. pubert. (5. 48). D. W. O. §. 80. Bähr a. a. O. S. 472 ff. Wetzel, Syst. 2. Aufl. §. 7 S. 41 f. zu not. 32. Maren a. a. O. S. 39 ff. — — [61]) S. Th. II, S. 266 ff.

cession, und des Gläubigers nach Freiheit in der Veräußerung seiner Forderung bestmöglichst versöhnt und ausgleicht, daß mithin nur ein Verkennen dieser Rechtsregeln die Schuld trägt, wenn die bisherige Praxis häufig die Interessen des einen Theils auf Unkosten des andern unbillig begünstigt hat[62]).

IV. Sachliche Privilegien nützen dem Cessionar immer; persönliche Privilegien des Cedenten nützen dem Cessionar nicht; wohl aber nützen demselben die eignen persönlichen Privilegien, wenngleich mit der Einschränkung, daß der Cessus durch deren Gebrauch nicht unverschuldet Nachtheil erleide.

Daß sachliche Vorrechte (privilegia causae) dem Cessionar §. 36. nützen, mag er utiliter im eignen oder direct in des Cedenten Namen klagen, ist bereits früher bemerkt worden[1]). Ueberdies bestätigen die klarsten Zeugnisse nicht bloß im Allgemeinen: ut, ubi genus actionis id (sc. beneficium) desiderat, ibi ad quemvis persecutio ejus devenerit: non deficiat ratio auxilii[2]), sondern auch im Besonderen, daß der kraft wirklicher oder fingirter Cession utiliter im eignen Namen klagende Cessionar die sachlichen Pfandvorrangsprivilegien der Zeit[3]), der Publicität[4]), der in rem versio[5]), der Grundsteuern[6]) u. s. w. nicht weniger als die sachlichen privilegia exigendi[7]) auszuüben vermag. So enthält z. B. der Codex im Pfandrechtstitel: de his, qui in priorum creditorum locum succedunt, folgendes Rescript:

Imp. Antoninus A. Felici[8]).

Cum pro patre, in cujus potestate non eras, pecuniam fisco intuleris: et jure privilegio ejus successisti, et ejus locum,

---

[62]) Vergl. Heuser, Annal. der Rechtspfl. in Kurhessen Bd. 1, S. 406 ff.

[1]) S. Th. II, S. 125 ff. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 329. — — [2]) l. 68 D. de reg. jur. (50. 17), cf. l. 196 D. eod. Code Nap. art. 2112. — — [3]) l. 12 §. 7 D. qui potior. (20. 4), l. 6 C. de O. et A. (4. 10), l. 6 C. qui potior. (8. 18), l. 1 C. si antiqu. cred. (8. 20), Basil. XXV, 4 c. 15 (Heimb. III, p. 78). S. Th. I, S. 234 f. — — [4]) l. 11 C. qui potior. (8. 18). — — [5]) l. 6 §. 1. 2 D. qui potior. (20. 4), l. 12 §. 12 D. de captiv. (49. 15). S. Th. I, S. 338 ff. — — [6]) l. 1 C. si propt. publ. pens. (4. 46). cf. Th. I, §. 23, namentlich S. 234 f. — — [7]) l. 2 D. de cess. bon. (42. 3), l. 24 §. 3 D. de reb. auctor. jud. poss. (42. 5), l. 1 §. 11 D. de exercit. act. (14. 1). cf. Th. I, S. 354 ff. 357 ff. — — [8]) l. 2 C. de his, qui in prior. cred. loc. (8. 19).

cui pecuniam numerasti, consecutus es: nec hi creditores patris tui, qui personalem habuerunt actionem vel cum eo postea de pignoribus contraxerunt, pignora tua te ignorante distrahendo juri tuo aliquid derogaverunt. Unde intelligis, si quid tuo nomine te absente ab actoribus tuis solutum est: ut indebitum numeratum restitui pignoraque tibi nexa persequi te posse. P. P. cal. Octobr. Romae. Sabino 2 et Anulino Coss. 217.

Privilegium bedeutet hier das stillschweigende Pfandrecht des Fiscus[9]), welches mit anderen Pfandrechten nach dem Alter rangirt[10]) und natürlich, nachdem es in der Person des Fiscus einmal entstanden ist, ebensowohl cessibel sein muß[11]), als ein in der Person des Minderjährigen vermöge dessen Vorrechts entstandener Restitutionsanspruch[12]). In dieses Pfandrecht ist auch in der That Felix, welcher als gewaltfreier Sohn die Schuld seines Vaters dem Fiscus bezahlt hat, in gehöriger Form Rechtens (jure), d. h. durch wirkliche oder — sofern der Sohn auch seinerseits an den dem Fiscus verpfändeten Sachen pfandberechtigt war — durch fingirte Cession[13]) dergestalt eingerückt, daß er des ausbezahlten Fiscus (Pfandrechts-) Stelle eingenommen hat und daher nicht besorgen darf, die seinem neuerlangten Pfandrecht unterworfenen Sachen möchten mit Erfolg von persönlichen Gläubigern seines Vaters im Wege der Execution, oder von Pfandgläubigern, welchen der Vater später als dem Fiscus Pfandrecht eingeräumt hat, vermöge ihres Pfandrechts ohne sein Wissen und Willen verkauft werden. Felix kann vielmehr auch als Singularsuccessor, d. h. als utiliter im eignen Namen klagberechtigter Cessionar oder Quasicessionar des Fiscus, den Altersvorrang des neuerlangten Pfandrechts geltend machen und theils die von den anderen Gläubigern verkauften Pfandgegenstände mit der ihm übertragenen Pfandklage wirksam verfolgen[14]), theils die zur Abwendung des ungerechtfertigten Verkaufs von seinen geschäftsführenden Sklaven für ihn geleisteten Zahlungen mit der ihm ursprünglich erwachsenen condictio indebiti zurückfordern.

Der Kaiser Antonin bestätigt also auf das Bestimmteste, daß die

---

[9]) Tit. Cod. de privilegio fisci (7. 73), namentlich l. 2 C. eod. Ferner l. 6 D. de jure fisci (49. 14) u. die Stellen in not. 81 der S. 225. — — [10]) l. 8 D. qui potior. (20. 4). — — [11]) l. 3, l. 7 C. de privil. fisci (7. 73). S. Th. II, S. 293 ff. — — [12]) S. Th. II, S. 293 ff. — — [13]) S. Th. I, S. 322 f. zu not. 18. — — [14]) S. Th. I, S. 233 zu not. 72.

Cession oder Quasicession der Pfandklage auch das sachliche Pfandvorrangsprivilegium des Alters auf den utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar oder Quasicessionar fortpflanzt.

Die sachlichen Privilegien des neueren Rechts, z. B. nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche die Zinsprivilegien der Handelsgeschäfte [15]) und — da mit der Pfandklage auch das Pfandverkaufsrecht aus dem der Pfandübereinkunft accessorisch verbundenen pactum de vendendo auf den utiliter im eignen Namen klagberechtigten Cessionar oder Quasicessionar übergeht [16]) — die Pfandveräußerungsprivilegien gewisser unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften geschehenen Faustpfandbestellungen [17]), unterliegen denselben Grundsätzen, weshalb über diesen Punkt weiter nichts beizufügen ist, als daß natürlich den günstigen privilegiis causae auch die ungünstigen gleich behandelt werden, z. B. der schlechtere Rang jüngerer Pfandrechte [18]) und nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche der Nachtheil der Heuerforderungen des Schiffers und der Schiffsmannschaft, nicht versichert werden zu können [19]). Ueber die jüngeren Pfandrechte heißt es namentlich bei

Callistratus lib. 3 de Jure fisci [20]).

Si posteriori creditori fiscus successerit, eo jure utitur, quo is usurus erat, cui successit.

Callistratus bezeichnet durch das Nachstehen in der Zeit ein Nachstehen im Rechte, so daß der spätere oder jüngere Gläubiger im Verhältniß zu früheren oder älteren Gläubigern den schlechteren Gläubiger bedeutet. Das geringere Alter begründet aber nur beim Pfandrechte ein rechtliches Nachstehen des Gläubigers [21]). Callistratus hat also die Nachfolge des Fiscus in ein, mit anderen verglichen, jüngeres und deshalb schlechteres Pfandrecht vor Augen.

Der allgemeine Begriff der Succession umfaßt sowohl die Universal- als die Singularsuccession, die letztere ist aber bei Pfandrechten nur durch Cession oder Quasicession möglich, und zwar nur insofern, als der Cessionar oder Quasicessionar im eignen Namen vom Rechte

---

15) Art. 287. 288. 292. 293. — — 16) l. 3 D. quae res pign. (20. 3), l. 7 C. de O. et A. (4. 10), l. 11, l. 14 D. de distr. pign. (20. 5), l. 19 C. eod. (8. 28). S. Th. II, S. 345 f. — — 17) Art. 310. 311. — — 18) l. 6, l. 7 C. de A. et O. (4. 10). — — 19) Art. 784. cf. Protoc. S. 3008. Bornemann, Erläuterung zu Art. 784 Nr. I. — — 20) l. 3 §. 7 D. de jure fisci (49. 14). Anders erklärt bei Mühlenbr., Ceff. S. 580. v. Schröter in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 1, S. 337. — — 21) l. 6 C. de bon. auct. jud. poss. (7. 72), l. 32 D. eod. (42. 5), l. 7 §. 3 D. depos. (16. 3).

der utilis actio Gebrauch macht. Callistratus bekräftigt also, daß auch ungünstige privilegia causae vom Cedenten oder Quasicedenten auf den utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar oder Quasicessionar übergehen, mag der Letztere persönlich noch so begünstigt sein. Es findet eben die allgemeine Regel Anwendung: Qui in jus alterius succedit, ejus jure uti debet[22]; eine Regel, die insbesondere auch den mit einer bedingten Forderung letztwillig bedachten Fiscus nöthigt, iisdem conditionibus parere, quibus persona, a qua ad ipsum, quod relictum est, pervenit[23]).

Eine Ausnahme von dieser Regel findet nur dann Statt, wenn günstige privilegia causae von der Uebertragung besonders ausgenommen werden[24]). Wie nämlich die Cession überhaupt unter gewissen Einschränkungen und Vorbehalten geschehen kann, so können diese Einschränkungen und Vorbehalte auch die günstigen privilegia causae betreffen, mögen letztere dem Cedenten verbleiben oder untergehen. Hermogenian verpflichtet den Verkäufer einer Forderung ausdrücklich nur insofern, als nichts anderes verabredet worden, alles Recht, welches er gegen den Schuldner oder dessen Intercessoren hat, dem Käufer abzutreten[25]), setzt also voraus, daß gewisse Bestandtheile des Rechts, und zwar, da nicht unterschieden ist, alle möglichen an sich trennbaren Bestandtheile desselben dem Käufer vorenthalten werden können.

Wichtig wird dieser Satz vorzüglich bei Theilcessionen von Hypothekforderungen mit Vorbehalt des Vorzugsrechts; denn während die ohne Vorbehalt geschehene Theilcession dem Cessionar für den cedirten und dem Cedenten für den nicht cedirten Antheil der Forderung ein gemeinschaftliches Pfandrecht gleicher Priorität verschaffen würde[26]): so bewirkt die mit Vorbehalt geschehene Theilcession, daß der Cedent hinsichtlich des Pfandrechts für den nicht cedirten Antheil dem Cessionar hinsichtlich des Pfandrechts für den cedirten Antheil der Forderung vorgeht[27]). Es ist das um so zweifelloser, als dasselbe Resultat sogar dann eintreten würde, wenn der Cessionar erst nach der Cession dem Cedenten für den zurückbehaltenen Theil der Forderung oder überhaupt der eine von mehreren an derselben Sache pfandberechtigten Gläubigern dem anderen die Priorität des Pfandrechts eingeräumt hätte[28]), indem

---

22) l. 177 D. de reg. jur. (50. 17), l. 175 §. 1 D. eod. — — 23) l. 60 §. 1 D. de condit. et demonstr. (35. 1) Mühlenbr., Ceff. S. 579. — — 24) Mühlenbr., Ceff. S. 572 f. — — 25) l. 23 pr. D. de her. vel act. (18. 4). Koch a. a. O. S. 181 ff. — — 26) S. Th. I, S. 269. — — 27) l. 13 D. qui potior. (20. 4). Koch a. a. O. S. 182 ff. Mecklenb. Schwerin'sche Constit. v. 15. Mai 1813 bei Mühlenbr., Ceff. S. 573. — — 28) l. 12 §. 4 D. qui

dieses pactum eine Einrede, beziehungsweise Replik erzeugt, welche in dem zwischen den beiden Pfandgläubigern entbrannten Streite den mit der actio, beziehungsweise exceptio hypothecaria verbundenen Prioritätsanspruch entkräftet [29]) und dem Inhaber des an sich schlechteren Pfandrechts dem an sich besseren Widersacher gegenüber die Behauptung, beziehungsweise Erlangung des Pfandbesitzes möglich macht, woraus alles Uebrige von selbst folgt [30]).

Schwieriger zu beantworten ist die Frage über den Gebrauch der persönlichen Privilegien (privilegia personae). In dieser Beziehung ist zuvörderst zu beachten, daß hier nicht von den aus persönlichen Privilegien bereits hervorgegangenen Klagerechten oder Klagerechtserweiterungen, z. B. von dem aus dem persönlichen Vorrechte der Minderjährigen hervorgegangenen Restitutionsanspruche, von den aus persönlichen Vorrechten des Fiscus entsprungenen Pfand- oder Zinsklagen oder von den aus dem persönlichen Zinsenvorrechte eines Minderjährigen erwachsenen Klagerechtserweiterungen die Rede ist; denn, wie schon oben dargethan [31]), sind dergleichen bereits entstandene Klagerechte oder Klagerechtserweiterungen gleich allen anderen Forderungen auch in der Weise cessibel, daß sie als utiles actiones oder als Bestandtheile derselben übergehen [32]). In Frage steht bloß der Gebrauch persönlicher Privilegien, welche selbständige Forderungen oder Erweiterungen selbständiger Forderungen überhaupt nicht hervorzubringen vermögen oder wenigstens noch nicht hervorgebracht haben.

In diesem Betreff läßt die früher aufgefundene Regel, wonach dem Cessionar die persönlichen Vorrechte des Cedenten nützen oder nicht nützen, je nachdem er im Namen desselben oder im eignen Namen handelt, darüber keinen Zweifel, daß der utiliter im eignen Namen auftretende Cessionar, eben weil er nirgend als Vertreter des Cedenten, sondern allenthalben als Nachfolger desselben und Vertreter seiner eignen Person sich geberdet, nirgend Vorrechte des Cedenten, wohl aber allenthalben eigne Vorrechte zur Geltung bringen kann.

In der That heißt es, was den ersten Satz anlangt, theils wieder im Allgemeinen bei

---

potior. (20. 4), cf. l. 21 C. ad SCt. Vell. (4. 29). Königl. Sächs. Hypothekengес. v. 6. Nov. 1843 §. 94. Siegmann, Commentar S. 232. — — [29]) S. Th. I, S. 300 ff. — — [30]) Die künstlichen Constructionen dieses Rechtsverhältnisses bei Dernburg, Pfandr. II, S. 475 ff. u. Anderen sind entbehrlich und dem einfachen Baustile des röm. Rechts nicht entsprechend. — — [31]) S. Th. II, S. 309 ff. — — [32]) Entw. e. deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 320. Seuffert, Arch. XII, Nr. 145.

Paulus lib. singul. de dotis repetitione [33]).

In omnibus causis id observatur: ut ubi personae conditio locum faciat beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat.

theils in besonderer Beziehung auf das persönliche privilegium exigendi des Pupillen bei Papinian [34]), daß dasselbe dem Tutor, welchem der Pupill die tutelae actio gegen einen Mitvormund cedirt habe, ebenso wenig nütze, als dem Erben, weil dadurch der Person, welche vor Anderen Begünstigung verdiene, zu Hülfe gekommen werden solle. Freilich findet dieses selbst dann Statt, wenn der Tutor als Cessionar direct in des Pupillen Namen geklagt hat, weil das privilegium exigendi erst gelegentlich der actio judicati wirksam wird, und diese Klage vom Cessionar auch unter jener Voraussetzung nicht anders als im eignen Namen betrieben wird; allein nur um so mehr muß dasselbe bei demjenigen Cessionar gelten, welcher nicht bloß die actio judicati, sondern utiliter auch schon das cedirte Klagerecht im eignen Namen verfolgt.

Damit man jedoch nicht meine, daß die schon vor der Executionsinstanz wirksam werdenden Privilegien anders zu behandeln seien, so ist ferner mit dem Basilikenscholiasten [35]) auf die interessante Veränderung aufmerksam zu machen, welche das als l. 43 D. de usur. (22. 1.) in die Pandecten aufgenommene Bruchstück Modestin's in den Basiliken erfahren hat.

Der lateinische Urtext, wie er früher erklärt ist [36]), bestimmt, daß der direct in des Fiscus, als seines Cedenten, Namen klagende Cessionar vermöge des dem Fiscus zustehenden Zinsenvorrechts auch noch für die Zeit nach erhaltener Cession nicht stipulirte Zinsen fordern dürfe. Die Basiliken dagegen schreiben [37]):

Ἐὰν τῷ δημοσίῳ καταβαλὼν ἐκχωρηθῶ τὸ χρέος σου, τοῦ μετὰ τὴν ἐξ ἐμοῦ καταβολὴν χρόνου τόκους οὐκ ἀπαιτῶ σε, εἰ μὴ ἔτυχες ἐπερωτηθείς.

„Wenn ich dem Fiscus deine Schuld bezahlt und dafür vom Fiscus dessen Forderung gegen dich cedirt erhalten habe, so soll ich

---

[33]) l. 68 D. de reg. jur. (50. 17), cf. reg. 7 in VI[to] de reg. jur. (5. 12). — — [34]) l. 42 D. de adm. et peric. tut. (26. 7). S. Th. II, S. 132 ff. — — [35]) Schol. 1 a. E. zu Basil. XXIII, 2 c. 43 (Heimb. II, p. 717). — — [36]) S. Th. II, S. 130 ff. — — [37]) Basil. XXIII, 3 c. 43 (Heimb. II, p. 717): Si me solvente fisco debitum tuum, fiscus mihi cesserit nomen tuum, temporis post solutionem a me factam praeteriti usuras a te non petam, nisi eas stipulanti spoponderis.

von dir für die nach der Zahlung verflossene Zeit keine Zinsen fordern dürfen, sofern du deren nicht durch Stipulation — sei es dem Fiscus, sei es mir — versprochen hast."

Bei dieser Entscheidung liegt auf der Hand, daß die Basiliken das Recht der vom Cessionar im eignen Namen anzustellenden utilis actio zu Grunde legen; sonst würden sie weder die Worte Modestin's, welche sich auf die alieno nomine betriebene directa actio beziehen (qui mandatis a fisco actionibus experitur), bei der Uebersetzung weggelassen, noch die Möglichkeit einer vom Cessionar zu der cedirten Hauptforderung für sich abgeschlossenen Zinsstipulation zugegeben, noch überhaupt die Entscheidung Modestin's unter Auslegung der Worte: »debitum percipere« als: „das Geschuldete empfangen" durch Einschaltung der verneinenden Partikel in ihr Gegentheil verkehrt haben. Mit der Voraussetzung aber, daß der Cessionar utiliter im eignen Namen klagt, ist die Aenderung und Entscheidung der Basiliken durchaus folgerichtig. Bis zu der der Zahlung gleichzeitigen Cession, die deshalb auch vom Scholiasten Cyrillus als der allein entscheidende Zeitpunkt genannt ist [38]), gehörte die Hauptforderung dem Fiscus und trieb vermöge des fiscalischen Zinsenvorrechts auch ohne Stipulation Zinsen hervor, welche natürlich, nachdem sie einmal Dasein gewonnen hatten, auch von dem utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar, dem mit der Hauptforderung ausdrücklich oder stillschweigend zugleich die Nebenforderung cedirt war [39]), eingeklagt werden konnten. Allein durch die Cession entstand die utilis actio, so daß das Eigenthum der Hauptforderung auf den Cessionar überging und in dessen Person der Grund des fiscalischen Zinsenvorrechts erlosch. Für die nach der Cession oder — wie die Basiliken gleichbedeutend schreiben — für die nach der Zahlung verflossene Zeit war also von dem der utilis actio sich bedienenden Cessionar nicht mehr aus einer fingirten Stipulation als dem persönlichen Zinsenvorrechte des Fiscus, sondern nur noch aus einer wirklichen, vor der Cession vom Fiscus oder nach der Cession von ihm selbst geschlossenen Stipulation ein Zinsenanspruch abzuleiten [40]).

Die hiernach schon hinlänglich gewisse Annahme angestellter utilis actio wird vollends zweifelfrei durch die von einem Scholiasten zu den Worten: *τόκους οὐκ ἀπαιτῶ* gemachte Bemerkung [41]):

---

38) Schol. 1 zu Basil. XXIII, 3 c. 43 (Heimb. II, p. 717). — — 39) l. 34 pr. D. de legat. III (32). S. Th. I, S. 27 ff. — — 40) S. Unger, Syst. des österr. Privatr. Bd. 1, §. 65, S. 584. v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. Th. 3, S. 130 f. — — 41) Schol. 3 zu Basil. XXIII, 3 c. 43 (Heimb. II, p. 717): Nam privilegium fisci ego privatus habere non possum, nisi specialiter mihi cessum sit. — Eine ähnliche Bestimmung hat das Preuß. Landr. Th. 1, Tit. 16 §§. 46. 47. 48. Vergl. Koch a. a. O. S. 148 f.

Τοῦ δημοσίου γὰρ τὸ προνόμιον ἐγὼ ἰδιώτης ἔχειν οὐ δύναμαι, εἰ μή μοι ἰδικῶς ἐξεχωρήθη.

Denn offenbar soll ich als Privatmann das Zinsenvorrecht des Fiscus, wenn ich nicht wirklich (*ἰδικῶς*)[42]) Cession erhalten habe, deshalb nicht geltend machen können, weil ich ohne wirkliche oder eigentliche Cession zwar unter Umständen utiliter im eignen Namen, aber niemals direct in des Cedenten Namen zu klagen vermag, und doch der letzten Klagform unabweislich bedarf, um als Cessionar persönliche Vorrechte des Cedenten und unter diesen insbesondere das Zinsenvorrecht des Fiscus zur Ausübung zu bringen. Die Bemerkung des Scholiasten ist demnach mit unverkennbarem Hinblick auf die den Basiliken entgegengesetzte Entscheidung Modestin's niedergeschrieben und bestätigt eben dadurch in einleuchtender Weise die von uns gegebenen Erklärungen.

Anders wäre natürlich die Entscheidung ausgefallen, wenn es sich nicht um Zinsen aus einer fingirten Stipulation, sondern um Verzugszinsen gehandelt hätte; denn der wahre Verzug, einmal begründet, wirkt allerdings bis zu seiner Aufhebung (purgatio) unaufhörlich fort, auch wenn die Forderung inzwischen von dem ursprünglichen Gläubiger auf einen utiliter suo nomine klagenden Cessionar übergegangen ist[43]), so daß selbst der Fiscus, welcher als Erbe in die Schuld eines säumigen Schuldners eintritt, Verzugszinsen zu zahlen hat, obwohl seine eigne mora solche Folgen nicht hervorbringt[44]); allein ein Zinsenvorrecht, welches nicht auf eigentlicher mora beruht, wie das des Fiscus und selbst das der Minderjährigen[45]), muß wegfallen, wenn die conditio personae, welche den Grund des Vorrechts bildet, hinwegfällt. Oder sollte wohl Jemand zu behaupten wagen, das Zinsenvorrecht der Minderjährigen, welches wirksam zu sein aufhört, sobald der Minderjährige die Jahre der Volljährigkeit erreicht[46]), wirke deßungeachtet fort, wenn durch Cession ein volljähriger Gläubiger die Stelle des Minderjährigen einnimmt? Gerechtigkeit und Billigkeit würden solcher Behauptung in gleicher Maße widersprechen.

Gewiß ist mithin, daß der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar persönliche Vorrechte des Cedenten, soweit sie nicht schon vor

---

[42]) cf. Schol. 2 zu Basil. XLII, 1 c. 30 (Heimb. IV, p. 222). — — [43]) l. 87 §. 1 D. de legat. II (31) . . . quam (sc. moram) sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur (sc. usurae). Puchta im Rechtslex. Bd. 2, S. 656. — — [44]) l. 17 §. 5 D. de usur. (22. 1). — — [45]) l. 87 §. 1 D. cit. . . . non pro mora hoc habendum est. cf. l. 26 §. 1 D. de fideic. libert. (40. 5), l. 17 §. 3 D. de usur. (22. 1), l. 3 §. 2 D. de adim. legat. (34. 4). Mommsen, mora S. 120 ff. — — [46]) l. 87 §. 1 D. cit.

der Cession wirksam geworden sind, für die Zeit, nachdem er durch wirkliche oder fingirte Cession Eigenthum des Klagerechts erlangt hat, mag dieses gleich anfangs oder erst später sich entschieden haben und dem Cessus von Anfang an oder erst später bekannt geworden sein, nicht mehr geltend machen darf [47]).

Dafür ist ihm umgekehrt nach der Regel: Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam [48]) gestattet, seit demselben Zeitpunkte seine eignen persönlichen Vorrechte zu benutzen, sofern ihm nur nicht von Demjenigen, gegen welchen die Vorrechte benutzt werden sollen, zum Vorwurfe gemacht werden kann, den Erwerb der utilis actio, von dem der Gebrauch der persönlichen Vorrechte abhängt, zu fremdem Nachtheil unentschieden oder unbekannt gelassen zu haben. Freilich wird von Mühlenbruch [49]) und Anderen [50]) das Gegentheil abzuleiten versucht aus l. 38 pr. D. de min. (4. 4), die dem minderjährigen Erben das Recht abspricht, ex causa minoris aetatis Restitution gegen einen Contract zu erlangen, welchen sein Erblasser geschlossen hat. Allein diese Entscheidung berührt die vorliegende Frage überall nicht. Mit Recht sagt Puchta [51]): „Abgesehen davon, daß die Stelle von der Universalsuccession, nicht von der Cession handelt, wird in derselben die Unanwendbarkeit der in integrum restitutio nicht aus dem Grunde, weil der Successor bei der Geltendmachung der auf ihn übergegangenen Forderung seine eignen Rechte nicht ausüben dürfe, also aus einem Grunde, der für die Beantwortung unserer Frage tauglich wäre, sondern wegen der besonderen Natur dieses Benificium behauptet, weil nämlich die Läsion nicht in einem Causalzusammenhang mit der justa causa stand, die Minderjährigkeit des Petenten nicht die Veranlassung der Beschaffenheit des Vertrags gewesen war, gegen den er Restitution verlangte."

Für unsere Behauptung dagegen entscheidet zunächst schon im

---

47) c. 43 X. de rescript. (1. 3). Seuffert, Arch. XII, 145. Mathiae, Controversenlexic. Bd. 1, S. 148, Präjudiz. I. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 329. A. M. sind wegen Vermengung des directe agere alieno nomine und des utiliter agere suo nomine Mühlenbr., Ceff. S. 656 ff. Unterholzner, Verjährung Th. 1, S. 115. Puchta und Heimbach im Rechtslex. Bd. 2, S. 656 ff. Bd. 12, S. 339. Ebenso das Preuß. Landr. Th. I, Tit. 11 §. 403. 404. Koch a. a. O. §. 31. Auch das Oesterr. b. G. B. §. 1394. Unger, Syst. des österr. Privatr. Th. 1, §. 65, S. 585. — — 48) l. 55, l. 151, l. 155 D. de reg. jur. (50. 17). — — 49) Cession §. 58, S. 576 ff. — — 50) Lauterbach, Colleg. theoret. pr. Pand. ad tit. de her. vel act. §. 59. Willenberg, dissert. de privilegg. cedentis et cessionarii. Francof. 1695. Cap. III, §. 16 sqq. Arndt's Pand. §. 256 not. 8. Unklar spricht d. Entw. b. G. B. f. Baiern Art. 155. — — 51) Im Rechtslexic. Bd. 2, S. 659.

Allgemeinen das mehrerwähnte Rescript des Kaisers Alexander [52]), welches den Erbschaftskäufer als Cessionar darauf hinweist, wie er bei den direct aus des Verkäufers Person angestellten Klagen das Recht dessen, wessen Person er vertrete, gebrauchen müsse, obgleich er auch utiliter im eignen Namen gegen die Erbschaftsschuldner zu klagen vermocht hätte; denn sicherlich hat das Rescript nichts anderes sagen wollen, als daß der Erbschaftskäufer freilich mittelst der utilis actio des eignen günstigeren Rechts sich hätte bedienen können, indeß eben weil er nicht mittelst der utilis actio sein eignes Recht, sondern mittelst der in des Cedenten Namen angestellten directa actio das ihm fremde Recht des Cedenten auszuüben bemüht gewesen sei, die Möglichkeit der Benutzung eigener Privilegien verscherzt habe. Speciellere Beweise liefern aber auch theils eine Entscheidung Papinian's, theils einige Verordnungen Justinian's, theils das oben erwähnte Bruchstück Modestin's [53]), theils endlich die ebenfalls schon in anderer Richtung besprochene l. 6 pr. D. de jure fisci (49. 14).

a. Nach **Papinian** soll die Einrede der Theilung, welche mehreren an sich solidarisch haftenden Bürgen in der Regel zusteht [54]), ausnahmsweise hinwegfallen, wenn ein Minderjähriger aus einer von einem negotiorum gestor für ihn abgeschlossenen stipulatio, rem pupilli salvam fore kraft fingirter Cession [55]) utiliter im eignen Namen aus der Mehrzahl von Bürgen Einen zu verklagen genöthigt ist [56]); denn — heißt es — pupillo agente, qui **non ipse** contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis injuriam habere visum est; ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos judices constituerentur [57]). Der Minderjährige als utiliter im eignen Namen klagender Quasicessionar genießt also in Ansehung der Theilungseinrede ein Vorrecht, welches der Quasicedent bei Anstellung der directa actio nicht hätte geltend machen können. Oder wird nicht dem Quasicessionar das Vorrecht gerade deshalb gewährt, weil er **nicht selbst** contrahirt hat? Muß mithin nicht der Quasicedent, weil er **selbst** contrahirt hat, von demselben ausgeschlossen sein? Die Bejahung dieser Frage ist um so gewisser, da dasselbe Vorrecht sogar demjenigen Minderjährigen versagt wird, welcher aus einer zur Siche-

---

52) l. 5 C. de her. vel act. (4. 39). — — 53) l. 43 D. de usur. (22. 1). S. Th. II, S. 180 ff. 384. — — 54) Gaj. III, 121. 122. Paul. sent. rec. I, 20 §. 4. §. 4 J. de fidej. (3. 20), l. 26 — l. 28 D. de fidej. (46. 1). — — 55) S. Th. I, S. 398 not. 17. — — 56) l. 2 — l. 4 pr. D. rem pup. salv. (46. 6). — — 57) l. 12 D. rem pup. salv. (46. 6), cf. Cujac. (opp. IV, p. 323 sq.).

rung seiner tutelae actio von ihm in Person geschlossenen Stipulation gegen mehrere Bürgen direct zu klagen hat, weil er sich selbst beimessen mag, daß er die Bürgen beim Abschluß der Stipulation auf die Theilungseinrede nicht hat verzichten lassen [58]).

b. Justinian bestimmte im J. 528, daß Kirchen, Stiftungen und Städte Contractsklagen, die sie als moralische Personen bekanntlich nur durch Cession oder Quasicession ihrer Vertreter und im eignen Namen nur als utiles actiones erlangen können [59]), gleich allen übrigen Klagen 100 Jahre hindurch anstellen durften [60]), und ermäßigte die übertrieben lange Verjährungszeit erst später für Kirchen und Stiftungen auf 40, für Städte gar auf 30 Jahre [61]). Die als Cessionare oder Quasicessionare utiliter im eignen Namen klagenden Kirchen und Stiftungen machen also von einem persönlichen Verjährungsvorrechte Gebrauch, welches ihren Cedenten oder Quasicedenten nicht zukommt [62]). Die utilis actio der Cessionare und Quasicessionare bleibt eben als eine nach ihrer Entstehung selbständige und von den Schicksalen der directa actio des Cedenten und Quasicedenten völlig unabhängige Klage unverjährt, obgleich die directa actio der Cedenten und Quasicedenten immerhin verjährt sein mag [63]).

c. Das Bruchstück Modestin's setzt voraus, der Fiscus sei in die unverzinsliche Forderung eines Privatmanns entweder durch eine auf Beerbung beruhende Universalsuccession, oder durch eine mittelst wirklicher oder fingirter Cession herbeigeführte Singularsuccession eingerückt und habe nun die überkommene Forderung wieder an einen Privatmann abgetreten, welcher mit der direct in des Cedenten Namen erhobenen Klage die für den Fiscus nach dem Erwerbe der Hauptforderung vermöge seines Zinsenvorrechts fällig gewordenen Zinsen einklage. Sofern also der Fiscus als Cessionar der ursprünglich fremden Forderung gedacht ist, ist ihm zugleich zugestanden, mittelst der utilis actio sein Zinsenvorrecht zu nutzen, da feststeht, daß er nur die utilis actio wieder abgetreten, der Cessionar des Fiscus also nur durch die im Namen des Fiscus betriebene Ausübung der dem Fiscus erworbenen utilis actio das Zinsenvorrecht des Fiscus seinerseits zur Ausübung gebracht haben kann.

d. In der zuletzt in Betracht kommenden l. 6 pr. D. de jure fisci (49. 14) [64]) stellt Ulpian für die Succession, mag sie durch

---

[58]) l. 7 D. de fidej. tutor. (27. 7). — — [59]) S. Th. I, S. 397 ff. — — [60]) l. 23 C. de sacrosanct. eccl. (1. 2), Nov. 9. — — [61]) Nov. 111. Nov. 131 c. 6. — v. Savigny, Syst. Bd. 5, S. 354 ff. — — [62]) Seuffert, Arch. VIII, Nr. 227. — — [63]) S. Th. II, S. 179 ff. Koch a. a. O. S. 188. A. M. ist Mühlenbr., Ceff. S. 218. — — [64]) S. Th. II, S. 219 ff.

Beerbung in ein Vermögen (universitas juris), oder durch den mittelst wirklicher oder fingirter Cession bewirkten Uebergang von utiles actiones nur in eine einzelne Forderung stattfinden, die Regel auf, daß der Fiscus, wenn er in das Recht eines Privatmanns nachfolge, für die Zeit vor der Succession das Recht des Privatmanns, für die Zeit nach der Succession sein eignes Privilegium gebrauche [65]). Diese Regel enthält buchstäblich den von uns an die Spitze gestellten Grundsatz. Freilich wird derselbe später dahin modificirt, daß der Cessionar nicht unter allen Umständen gleich vom Augenblicke des Forderungserwerbs die eignen Privilegien nutzen dürfe, sondern im Fall der Unentschiedenheit und Unbekanntheit der Succession durch exceptio doli der Betheiligten genöthigt werden könne, erst nachdem die Succession entschieden und den Betheiligten bekannt geworden sei, den Genuß seines günstigeren Rechts zu beginnen, damit unschuldige Dritte unter der dem Cessionar oder Quasicessionar zuzurechnenden Unentschiedenheit und Unbekanntheit des Gläubigerwechsels nicht zu leiden hätten; allein gerade diese durch Billigkeitsrücksichten gerechtfertigte Milderung des übrigens durchgreifenden Grundsatzes ist nur geeignet, den Grundsatz selbst zu bestärken. Die Milderung mag immerhin so weit gehen, daß der Fiscus, falls er als Cessionar beliebig utiliter im eignen oder direct in des Cedenten Namen zu klagen vermag, auch wenn er sich für Anstellung der utilis actio entscheidet, doch nach Ulpian's wohlbegründeter Ansicht sein Zinsenvorrecht nicht schon für die seit der Cession, sondern erst für die seit der Benachrichtigung des debitor cessus, und falls die Forderung zu Gunsten des Schuldners betagt ist, selbst erst für die seit Eintritt dieses Zahlungstags verflossene Zeit geltend machen kann, auch sein privilegium exigendi oder sein stillschweigendes Pfandrecht gar nur gegen diejenigen Personen durchzusetzen im Stande ist, welche nach der passend veröffentlichten Eintragung des debitor cessus unter die Schuldner des Fiscus ihrerseits Mitgläubiger des debitor cessus geworden sind: der Grundsatz selbst bleibt nichtsdestoweniger unerschüttert. Die Milderung soll nur Härten in der Anwendung beseitigen und damit diejenigen Bedenken heben, die sonst wohl dem eben so einfachen als natürlichen Grundsatze entgegengestellt werden könnten und unter anderem Veranlassung gewesen zu sein scheinen, daß das Preuß. Landrecht [66]), das Baiersche Landrecht [67]) und der Entwurf eines deutschen

[65]) cf. l. 17 §. 6 D. de usur. (22. 1). — — [66]) Th. 1, Tit. 11, §. 405. 406. S. Koch a. a. O. S. 186 ff. Hirsemenzel, Ergänzungen S. 428 zu §. 405. 406. Aehnlich Mühlenbruch, Cession §. 38 S. 576 ff. v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. Th. 3, S. 132 f. — — [67]) II, 3 §. 8.

Gesetzes über Schuldverhältnisse [68]) das Kind mit dem Bade verschütten, indem sie dem Cessionar überhaupt verbieten, seiner persönlichen Vorrechte gegen den Schuldner oder gegen die übrigen Gläubiger desselben sich zu bedienen.

Das Ergebniß unserer Erörterung macht es möglich, alle anderen hierher gehörigen Fälle leicht und sicher zu entscheiden. So wird z. B. nach römischem Recht der Nichtkaufmann als utiliter im eignen Namen klagender Cessionar eines Kaufmanns, welcher sich für ein Darlehn rechtsgültig 8 Procent Zinsen bedungen hat, für die Zeit nach der Cession nur 6 Procent, und wenn er eine persona illustris ist, gar nur 4 Procent fordern dürfen [69]); so wird Derjenige, welcher als Cessionar einer geschiedenen Ehefrau deren dos vom Manne utiliter im eignen Namen zurückfordert, zwar das aus dem Privilegium der Frau bereits entsprungene Generalpfandrecht, nicht aber das nach ausdrücklicher Analogie des privilegium exigendi nur der Ehefrau persönlich für das Pfandrecht ertheilte Vorrangsprivilegium zur Geltung bringen können [70]); ebenso wird Derjenige, welcher durch wirkliche oder fingirte Cession an die Stelle eines Pfandgläubigers gerückt ist, als Besitzer des Pfandes zwar nicht wegen Handschriftsforderungen des Cedenten oder Quasicedenten, wohl aber wegen eigner Handschriftsforderungen ein Retentionsrecht ausüben dürfen [71]), und der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar des Fiscus kein Recht haben, den Schuldner vor den besonderen Gerichtsstand des Fiscus zu ziehen, das dem Fiscus unter gewissen Voraussetzungen gebührende privilegium de non appellando sich anzumaßen [72]), die Klage ohne Gefahr des Erlöschens 40 Jahre lang unerhoben zu lassen [73]), bei solchen Forderungen, welche gegen die Person des Fiscus die Compensation mit Gegenforderungen ausschließen, außer der Compensation mit Gegenforderungen aus der Person des Fiscus auch die Compensation mit Gegenforderungen aus seiner eignen Person abzulehnen [74]), auf die dem Fiscus gebührende Sportelfreiheit Anspruch zu machen [75]) 2c; so wird endlich der Voll-

---

[68]) Art. 329. — — [69]) l. 26 §. 1 C. de usur. (4. 32). S. Koch a. a. O. S. 188 ff. Auch die ähnliche Ausführung bei Unger, Syst. des österr. Privatr. §. 65 Nr. III, namentlich not. 12. — — [70]) Seuffert, Arch. XII, Nr. 145. Siegmann, Königl. Sächs. Grund- und Hypothekenr. S. 146 f. l. 12 §. 1 C. qui potior. (8. 18). §. 29 J. de act. (4. 6) Nov. 91 in praef. A. M. ist Mühlenbr., Cess. S. 567 ff. Unterholzner, Verjährung Th. 1, S. 116. Puchta und Heimbach im Rechtslexic. II, S. 659 ff. XII, S. 339. — — [71]) l. un. C. etiam ob chirogr. (8. 27). — — [72]) l. 4, l. 8 C. quor. appell. non recip. (7. 65). Mühlenbr., Cess. S. 574. — — [73]) S. Th. II, S. 179 ff. — — [74]) Mühlenbr., Cess. S. 602 f. — — [75]) Preuß. Landr. I, 11 §. 404. cf. A. G. O. I, 50 §. 413. Koch a. a. O. S. 174 ff.

jährige, welcher als Cessionar oder Quasicessionar eines Minderjährigen wenigstens irgend eine temporalis actio, z. B. die in 5 Jahren erlöschende querela inofficiosi testamenti im eignen Namen utiliter betreibt, außer Stande sich befinden, das in einstweiligem Ruhen der erlöschenden Verjährung bestehende Vorrecht des Cedenten oder Quasicedenten in Anspruch zu nehmen [76].

Dagegen wird der unmündige oder minderjährige Cessionar eines volljährigen Cedenten unter den geeigneten Voraussetzungen von seinem Zinsenvorrechte [77], seinem Rechte auf einstweiliges Ruhen der erlöschenden Verjährung bei allen temporales und beziehungsweise selbst perpetuae actiones [78], seinem Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen alle in Betreff der Forderungsverfolgung von ihm selbst und nicht schon von seinem Vorgänger ausgegangenen Verfehle [79] Gebrauch machen können, der Fiscus als Cessionar eines Privatmanns kein Hinderniß finden, vor dem Procurator Caesaris klagbar zu werden [80], in Betreff der zur Compensation gebrachten Gegenforderung deren binnen zwei Monaten zu erbringenden Beweis zu verlangen, unter denselben Voraussetzungen, unter welchen seinen ursprünglich erworbenen Forderungen keine Compensation entgegengesetzt werden darf, auch gegen seine durch Cession oder Quasicession erworbenen Forderungen die Compensation mit Gegenforderungen, die nicht in der Person des Cedenten, sondern in der Person des Fiscus entstanden sind, auszuschließen [81], dem verurtheilten Cessus unter den gesetzlichen Voraussetzungen die Appellation zu verwehren und die ihm gebührende Sportelfreiheit zu genießen [82] 2c. Alles dieses ist so einleuchtend und sachgemäß, daß nur die Frage noch einiger Bemerkungen bedarf, wie es hinsichtlich der Klagverjährung zu halten sei, wenn die Forderung cedirt wurde, nachdem bereits ein Theil der Verjährungszeit verflossen war. In diesem Falle wird bei der Singularsuccession durch Cession nichts anderes gelten, als bei der Universalsuccession durch Beerbung oder Restitution eines Erbschaftsfideicommisses. Wie hier eine accessio temporis stattfindet [83], so auch dort [84], und wie hier, z. B. wenn der Privatmann vom Fiscus beerbt wird, nachdem der

---

[76]) l. 2, l. 5 C. in quib. caus. in int. r. (2. 41), l. 3 C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39). — — [77]) S. Th. II, S. 386 ff. — — [78]) S. not. 76. — — [79]) l. 7 §. 3. 4, l. 40 §. 1 D. de minor. (4. 4). Mühlenbruch, Ceff. S. 583. — — [80]) Vergl. Seuffert, Arch. X, Nr. 250. — Die l. 19 pr. D. de judic. (5. 1) ist nicht entgegen, da sie vom Privilegium eines Beklagten und vom foro heredis spricht. Mühlenbr., Ceff. S. 583 not. 123. — — [81]) Mühlenbr., Ceff. S. 602 f. — — [82]) Koch a. a. O. S. 187 f. — — [83]) l. 70 §. 2 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). — — [84]) v. Savigny, Syst. Bd. 5, S. 362 ff.

Erstere von der 30jährigen Verjährung 15 Jahre hat verstreichen lassen, der Letztere nur noch die Hälfte der Verjährungszeit vor sich hat, jedoch nicht die Hälfte der 30jährigen Verjährungszeit des Erblassers zu 15 Jahren, sondern die Hälfte der eignen 40jährigen Verjährungszeit zu 20 Jahren, so daß das Klagerecht im Ganzen nach Ablauf von 35 Jahren erlischt [85]), ebenso auch dort, wenn der Fiscus Cessionar des Privatmanns oder der Privatmann Cessionar des Fiscus geworden ist [86]).

V. Einwendungen aus der Person des Cedenten schaden dem Cessionar, sofern sie vor der Cession, oder wenigstens bevor dieselbe gewiß und bekannt geworden, erwachsen sind, Einwendungen aus der Person des Cessionars schaden dem Cessionar unbedingt.

Der Gedanke der Singularsuccession regelt die Entscheidung wie hinsichtlich der Privilegien, so auch hinsichtlich der Einwendungen, mögen diese in schlechthin vernichtenden und aufhebenden Bestreitungen, oder in Gegenrechten bestehen, welche nur die Wirksamkeit des an sich vorhandenen Rechts dauernd oder vorübergehend zu hemmen geeignet sind. Denn in Betreff aller Arten von Einwendungen hat der Cessionar, welcher utiliter im eignen Namen klagt, für die Zeit vor der Cession das Recht des Cedenten, für die Zeit nach der Cession das eigne Recht zu gebrauchen. Nur darf auch hier die Anwendung des Princips dem Cessus durch Unentschiedenheit und Unbekanntheit des Gläubigerwechsels nicht auf unbillige Weise nachtheilig werden. Der Cessus ist sonst berechtigt, soweit die Abwendung unverschuldeten Schadens erfordert, den Cessionar durch eine exceptio doli zu zwingen, auch diejenigen Thatsachen wider sich gelten zu lassen, welche nach der Cession, jedoch bevor der Gläubigerwechsel sich entschieden hat und bekannt geworden ist, der Person des Cedenten gegenüber die Verpflichtung des Cessus ipso jure oder ope exceptionis aufgehoben oder gemindert haben würden.

Der nähere Beweis dieser Sätze soll in der Ordnung geführt werden, daß wir zuerst die Einwendungen aus der Person des Ce-

85) arg. Nov. 119 c. 4. Anth. Quod si quis C. de praescr. l. t. (7. 33). — — 86) Andere, aber mit sich in Widerspruch stehende Grundsätze sind angewandt bei Seuffert, Arch. II, Nr. 7. VIII, Nr. 227. Auch bei Koch a. a. O. S. 188.

denten, sodann die Einwendungen aus der Person des Cessionars in Betracht ziehen.

Was

A. Die Einwendungen aus der Person des Cedenten betrifft, so ist zu unterscheiden, ob dieselben die Cession oder das klagbar gemachte Rechtsverhältniß betreffen.

Im ersten Falle schaden sie dem Cessionar nur insofern, als ihm persönlich der Vorwurf eines gegen den Schuldner gerichteten dolus gemacht werden kann. Beruhet z. B. die Cession auf Simulation, so hat der nicht in selbstständigen Rechten, z. B. hinsichtlich der lex Anastasiana, verletzte Schuldner kein Recht und kein Interesse, dieserhalb die Sachlegitimation des Cessionars zu bestreiten; kein Recht, weil er nicht berufen ist, für den Cedenten die lediglich diesen angehende Frage der Ernstlichkeit oder Nichternstlichkeit der betreffenden Willenserklärung zu erörtern; kein Interesse, weil der später unter der Behauptung der simulirten Cession mit der directa actio hervortretende Cedent stets durch die exceptio doli gezwungen werden kann, das im Vertrauen auf die Ernstlichkeit der Cession zwischen dem Schuldner und dem Cessionar Abgemachte auch seinerseits gelten zu lassen, wenn nur der Schuldner zur Abtretung der ihm etwa auf Unkosten des Cedenten gegen den Cessionar erworbenen condictiones ob causam bereit ist[1]). Hat ferner der Gläubiger dem Schuldner versprochen, die Forderung nicht zu cediren, dieses Versprechen aber nicht gehalten, so ist entscheidend, daß die Cession an sich wider Willen des Schuldners vollzogen werden darf[2]). Auch die wider den in Vertragsform ausgesprochenen Willen des Schuldners vollzogene Forderungsübertragung ist also weder schlechthin nichtig, noch ohne Weiteres ope exceptionis unwirksam; denn das pactum de non alienando äußert bei der Uebertragung von Forderungseigenthum keine andere Wirkungen, als bei der Uebertragung von Sacheigenthum, beschränkt vielmehr dort wie hier den Berechtigten auf persönliche Ansprüche gegen den verpflichteten Veräußerer und unterwirft demgemäß den Cessionar nur aus seiner eignen Person einer exceptio doli, sofern er entweder bei lucrativem Titel den dolus des Vorgängers zu vertreten ablehnt, oder bei onerosem Titel an des Vorgängers dolus Theil genommen hat[3]).

---

[1]) Seuffert, Arch. II, Nr. 164. XII, Nr. 337. XIII, Nr. 18. — — [2]) l. 1 C. de novat. (8. 42), l. 3 C. de her. vel act. (4. 39). — — [3]) l. 3 C. de peric. et comm. rei vend. (4. 48). Seuffert, Arch. IV, Nr. 11. XII, Nr. 190. Schletter, Jahrb. IX, S. 6, Nr. 21.

Im zweiten Falle, d. h. wenn es sich um diejenigen Einwendungen aus der Person des Cedenten handelt, welche das klagbar gemachte Rechtsverhältniß betreffen, kommt es darauf an, ob die Einwendungen, sofern sie nicht aus dem klagbar gemachten Rechtsverhältnisse selbst ohne Weiteres hervorgehen, wenigstens in anderen, der Cession vorausliegenden Ereignissen ihren Grund haben[4]), oder ob das Gegentheil stattfindet.

a. Gehen die Einwendungen aus dem klagbar gemachten Rechtsverhältniß selbst hervor, oder haben dieselben wenigstens ihren Grund in anderen vor der Cession stattgehabten Ereignissen, so treffen sie den utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar gerade deshalb, weil er in Betreff des Klagerechts ein Singularsuccessor des Cedenten ist, als solcher aber der allgemeinen Regel unterliegt, wonach der Rechtsnachfolger das Recht des Vorgängers gebrauchen muß[5]), nicht in besserer Rechtslage sein darf als der Vorgänger[6]), oder — anders ausgedrückt — wonach dasselbe, was dem ursprünglichen Contrahenten entgegensteht, dessen Nachfolger entgegenstehen soll[7]), und nur als unbillig verworfen wird, daß dem Nachfolger schade, was dem Vorgänger nicht geschadet haben würde[8]). Hat also z. B. ein Weinbergsbesitzer die an den Reben hängenden Trauben für 100 verkauft und seine Kaufgeldsforderung oder, falls eine stipulatio hinzugetreten sein sollte, seine Stipulationsforderung an einen Anderen cedirt, darauf aber den Käufer an der Traubenlese gehindert, so kann der Käufer dem Cessionar die exceptio doli oder die exceptio in factum: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est[9]), opponiren, gerade wie dem Cessionar die exceptio doli oder non numeratae pecuniae entgegensteht, wenn der Cessus in Erwartung eines Darlehns dem Cedenten durch Stipulation oder

---

4) Seuffert, Arch. IV, Nr. 106. XI, Nr. 31. 149. XII, Nr. 291. A. D. H. G. B. Art. 904. 905. Preuß. Landr. I, 11 §. 407. 408. 410. Oesterr. G. B. §. 1394. 1396. B. G. B. f. Sachs. §. 1002. Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. Entw. e. G. B. f. Baiern Art. 156. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 339. — — 5) l. 177 D. de reg. jur. (50. 17) aus Paulus Buch 14 zum Plautius, in welchem Buche über den Erbschaftsverkauf gehandelt ist. l. 7 l. 13 D. de her. vel act. (18. 4). — — 6) l. 175 §. 1 D. de reg. jur. (50. 17). — — 7) l. 143 D. de reg. jur. (50. 17). — — 8) l. 156 §. 2 D. eod., woselbst non nocuit zu lesen. l. 3 §. 2 D. de itin. actuq. priv. (43. 19), Basil. II, 3 c. 156 §. 2 (Heimb. I, p. 75). Mühlenbr., Ceff. S. 552 not. 81. — — 9) l. 25 D. de act. E. V. (19. 1), cf. l. 57 pr. D. de aedil. ed. (21. 1). Seuffert, Arch. IV, Nr. 106. Heuser, Annal. der Justizpfl. in Kurhessen II, S. 337 ff.

Schrift Rückzahlung versprochen, das Darlehn aber nicht empfangen hat[10]); denn die exceptio non impleti contractus, wie die exceptio non numeratae pecuniae geht aus dem klagbar gemachten Rechtsverhältniß ohne Weiteres hervor. Hat ferner der Schuldner gegen den Gläubiger die erlöschende Verjährung vollendet und nun erst der Gläubiger die Forderung cedirt, so schadet die Einrede der Verjährung aus der Person des Cedenten dem Cessionar selbst dann, wenn die Forderung in der Person des Cessionars erst nach einem längeren, seit dem Beginne der Verjährung noch nicht verflossenen Zeitraume erloschen sein würde[11]); denn die Einrede der Verjährung hat in Ereignissen aus der Zeit vor der Cession ihren Grund.

Die hiernach an sich zweifellose Regel läßt sich überdies durch folgende speciellere Beweisgründe belegen:

1. Nach Ulpian und Paulus soll der Verkäufer einer Forderung, welcher das Gegentheil nicht besonders bedingt, dem Käufer dafür haften, daß der Schuldner weder ipso jure noch ope exceptionis ganz oder theilweise, dauernd oder vorübergehend von der betreffenden Schuld frei sei[12]). Diese Haftung kann sich nur auf die in der Person des Verkäufers entstandenen Einwendungen beziehen und ohne wirkliche Cession, deren überall nicht erwähnt wird, dem kraft fingirter Cession bloß utiliter im eignen Namen klagberechtigten Käufer nur dann von Werth sein, wenn der utilis actio des Käufers auch aus der Person des Verkäufers Einwendungen entgegenstehen.

2. Abgesehen davon, daß die Cession von Forderungen, welche durch Zahlung bereits zu existiren aufgehört haben, als ein Auftrag zu etwas Unmöglichem angesehen und wegen der deshalb anzunehmenden Nichtigkeit für untauglich erklärt wird, ein Recht des Cessionars zum directe agere alieno nomine oder zum utiliter agere suo nomine überhaupt zu begründen, ist der Cessus berechtigt, mit Beiseitlassung der Legitimationsfrage die cedirte Forderung durch die Einwendung der dem Cedenten geleisteten Zahlung als schlechthin aufgehoben darzustellen[13]).

3. Nach Paulus soll Demjenigen, welcher als Käufer des vom Pfandgläubiger jure creditoris verkauften Pfandes kraft fingirter Cession des Pfandgläubigers utiliter im eignen Namen die hypothecaria actio erhebt, vom dritten Besitzer des Pfandes aus der Person

---

10) S. Th. II, S. 325 ff. Preuß. Landr. I, 11 §. 735. 739. — — 11) arg. l. 70 §. 2 D. ad SCt. Trebell. (36. 1). Preuß. Landr. I, 9 §. 639. — — 12) l. 4, l. 5 D. de her. vel act. (18. 4), cf. l. 19 §. 9 D. de captiv. et postl. (49. 15). — — 13) S. Th. I, S. 60 ff.

des Verkäufers die praescriptio longi temporis opponirt werden dürfen [14]), und nach Pomponius der Frau, welche durch Verpfändung ihrer Sache für eine fremde Schuld intercedirt hat und nun gegen den gutgläubigen Pfandkäufer die reivindicatio anstellt [15]), gestattet sein, ne melioris conditionis emtor sit, quam fuerit venditor, sowohl der exceptio rei venditae als der exceptio hypothecaria durch die replicatio Scti Vellejani ihre Kraft zu benehmen [16]), obgleich die exceptio hypothecaria nur die in dieser Gestalt auftretende utilis actio hypothecaria ist, welche der Pfandkäufer durch fingirte Cession des verkaufenden Pfandgläubigers erlangt hat, die replicatio Scti Vellejani aber aus der Person des Verkäufers entlehnt wird und ebensowohl als exceptio wirksam sein würde, falls der Pfandkäufer als Nichtbesitzer die erkaufte Pfandsache von der Frau mit der utilis hypothecaria actio einzufordern versuchte.

4. Gleich durchschlagende Beläge liefert endlich die exceptio doli in den Fällen, wenn bevormundete Personen aus den von ihrem Vormunde für sie abgeschlossenen Contracten klagen, oder wenn irgend Jemand auf Grund eines von seinem Procurator für ihn besorgten Kaufs gegen den freien Mann, welcher sich betrüglich hat als Sklav verkaufen lassen, auf das Doppelte des Kaufpreises die actio in factum anstellt, denn in beiden Fällen machen die vertretenen Personen im eignen Namen utiles actiones geltend, welche sie der fingirten Cession ihrer Vertreter verdanken [17]), und in beiden Fällen schreibt Ulpian im Edictcommentare, daß die exceptio doli aus der Person des Vertreters dem Vertretenen schade [18]). In Betreff der actio in factum heißt es namentlich an zwei Stellen also [19]):

Si filiusfamilias emit, si quidem ipse scit, pater ignoravit, non acquisiit patri actionem: hoc si peculiari nomine egerit. Caeterum si patre mandante: hic quaeritur, an filii scientia noceat? Et puto, adhuc nocere, quemadmodum procuratoris nocet.

---

14) l. 12 D. de divers. tempor. praescr. (44. 3). S. Th. I, S. 228 f. — — 15) l. 7 C. ad SCt. Vellej. (4. 29), l. 11 C. de distr. pign. (8. 28). — — — 16) l. 32 §. 1 D. ad SCt. Vellej. (16. 1). S. Th. I, S. 244. cf. l. 32 §. 2 D. ad SCt. Vellej. (16. 1), l. 14 D. de Public. act. (6. 2), l. 1 §. 3. 5 D. de exc. rei vend. et trad. (21. 3). — — 17) S. Th. I, S. 396 ff. S. 422 zu not. 92—95. — — 18) l. 4 §. 23—25 D. de exc. doli (44. 4), cf. l. 5 pr. D. de tributor. act. (14. 4). — — 19) l. 16 §. 3, l. 22 §. 5 D. de liber. caus. (40. 12). S. Th. II, S. 140 ff.

Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque nocere, Labeo putat.

Wenn der Haussohn für den Vater kaufte, so erwarb er die betreffenden Klagen gleich direct dem Vater, mochte er für sein Peculium oder unmittelbar für den Vater contrahirt haben [20]). Die Gültigkeit und Wirksamkeit der dem Vater erworbenen Klagen hing aber von der Art und Beschaffenheit des in der Person des Haussohns zur That gewordenen Willens ab [21]). Der freie Mann, welcher sich dem Haussohn als Sklav hatte verkaufen lassen, erwiderte daher auf die actio in factum des Vaters eintretenden Falls mit Recht, daß der Sohn um seine Freiheit gewußt, folglich wenn derselbe deßungeachtet auf den Handel eingegangen sei, um dem Vater die actio in factum zu verschaffen, unredlich gehandelt und das Klagerecht des Vaters vereitelt habe.

Derjenige, welcher bei dem Kaufe durch einen Procurator oder Tutor vertreten ist und sofort, zwar nicht direct, aber doch durch fingirte Cession des Vertreters utiliter die actio in factum erhalten hat, soll in dieser Beziehung dem durch den Haussohn vertretenen Vater gleich behandelt werden. Hat also der Vertreter um die Freiheit des vorgeblichen Sklaven gewußt und doch den Handel abgeschlossen, so steht der utilis in factum actio des Vertretenen nach der bereits von Labeo angenommenen und später von Ulpian festgehaltenen Ansicht aus der Person des Vertreters die exceptio doli entgegen.

Zweifel gegen die Richtigkeit dieser Ansicht könnten indeß aus zwei Stellen hergeleitet werden, welche die Zulässigkeit der aus der Person des Cedenten oder Quasicedenten zu begründenden doli exceptio gegen die im eignen Namen angestellte utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars einzuschränken scheinen, wiewohl sie in Wahrheit das festgestellte Ergebniß zu erschüttern nicht geeignet sind.

Die erste dieser beiden Stellen, welche von jeher den Auslegern die größten Schwierigkeiten bereitet hat, rührt her von Paulus [22]) und bespricht dieselbe utilis in factum actio, welche der durch einen Procurator beim Handel vertretene Käufer gegen den fälschlich als Sklav verkauften Freien anstellt. In dem unten näher zu erörternden Eingange heißt es, daß Derjenige, welcher einen gutgläubigen Procurator zum Ankaufe eines bestimmten Menschen beauftragt habe, durch seine Kenntniß von der Freiheit des Menschen an der erfolgreichen

---

[20]) S. Th. II, S. 147. 313. — — [21]) S. Th. II, S. 147 ff. — — [22]) l. 17 D. de liberali caus. (40. 12). S. Th. II, S. 141 ff.

Durchführung der Klage verhindert werde. Sodann wird fortgefahren:

Contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda (sc. actio).

Der Inhalt dieser Worte steht in geradem Widerspruch mit den in aller Bestimmtheit von Labeo und Ulpian vertheidigten völlig sachgemäßen Principien, weshalb schon Mühlenbruch[23]) sich gemüssigt gesehen hat, den Text für verdorben zu erklären und vorzuschlagen, durch Einschiebung des Worts: procuratorem zwischen Contra und autem die vermißte Uebereinstimmung mit den oben besprochenen Quellenzeugnissen herzustellen. Dieser auch von Anderen[24]) gebilligte Vorschlag wird selbst äußerlich durch den ähnlichen Inhalt eines Bruchstücks aus den Quästionen des Africanus unterstützt[25]), ist daher unbedenklich zu empfehlen, obwohl er die Auctorität der Basiliken zwar nicht gerade gegen sich, aber doch wenigstens nicht für sich hat[26]). Es bleibt eben kein anderes Mittel, den Widerspruch mit Ulpian und den bestimmtesten Rechtsregeln auszugleichen.

Die zweite der erwähnten Zweifelstellen[27]) hat Ulpian selbst zum Urheber und ist bereits früher erläutert worden[28]). Sie bezieht sich ursprünglich auf den Fall, daß ich als Testamentserbe durch unredliche Vorspiegelungen des gesetzlichen Erben vermogt bin, auf die Erbfolge zu verzichten und nun als Erbschaftsbesitzer von einem Dritten, welchem der gesetzliche Erbe vor der Antretung gegen einen Preis die Erbschaft in jure cedirt hat[29]), mit der hereditatis petitio angegriffen werde. Unter diesen Umständen soll ich gegen den Petenten die exceptio doli aus der Person seines Auctors nicht gebrauchen dürfen, weil der Petent direct aus eignem Erbrechte die hereditatis petitio anstellt und daher ebenso wenig, als der direct aus eignem Rechte vindicirende Eigenthumsnachfolger den dolus des Auctors zu vertreten hat, wenn er seinen Erwerb des der Klage zum Grunde liegenden dinglichen Rechts auf eine causa onerosa stützt, ohne selbst an des Auctors dolus Theil genommen zu haben[30]). Von

---

[23]) Ceff. S. 108 f. — — [24]) Z. B. Buchka, Stellvertret. S. 14 ff. — — [25]) l. 51 §. 1 D. de aedil. ed. (21. 1). S. Th. II, S. 147 ff. — — [26]) Basil. XLVIII, 8 c. 17 (Heimb. IV, p. 727). Den S. 409 not. 85 abgedruckten Worten folgt der Satz: εἰ δὲ τὸ ἐναντίον, ἔχω. Si autem vice versa, habeo. — — [27]) l. 4 §. 28 D. de exc. doli (44. 4). — — [28]) S. Th. II, S. 141 ff. — — [29]) Gaj. II, 34. 35. III, 85. Ulp. fr. XIX, 14. — — [30]) l. 4 §§. 27. 29 D. de exc. doli (44. 4), l. 3 C. de peric. et comm. rei vend. (4. 48).

einer auf wirklicher oder fingirter Cession beruhenden utilis actio ist hier keine Rede, weshalb die darauf anwendbaren Regeln durch Ulpian's Worte keine Einschränkung erleiden. Die Gesetzstelle ist vielmehr nach dem Wegfalle der dem heres legitimus vor der Antretung gestatteten in jure cessio im Justinianeischen Rechte, um überhaupt noch ein Feld der Anwendung zu finden, auf den Fall zu beziehen, wenn der nächste gesetzliche Erbe, welcher den dolus gegen den Testamentserben begangen hat, gegen eine Abfindung in Gelde die Erbschaft vor der Antretung zu Gunsten des nach ihm ab intestato berufenen Erben ausschlägt und nun dieser zweitfolgende Intestaterbe aus seinem eignen Erbrechte direct die hereditatis petitio gegen den Testamentserben als Erbschaftsbesitzer anstellt. Auf diesen Fall sind die alten Grundsätze über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der exceptio doli aus der Person des Auctors gegen den auf Grund einer in jure cessio aus eignem Erbrechte direct klagenden Petenten allerdings anwendbar, erscheinen aber ebendeshalb in dem völlig verschiedenen Falle, wenn Jemand als Cessionar oder Quasicessionar aus fremdem Erbrechte die Erbschaftsklage utiliter im eignen Namen geltend macht, durchaus unpassend; denn es ist gewiß auf der einen Seite nicht weniger billig, einen dem Beklagten in Betreff der Erbschaft gespielten Betrug von Demjenigen, welcher als Klagrechtsnachfolger des Betrügers kraft dessen Erbrechts die Erbschaft einklagt, unbedingt vertreten zu lassen, als es auf der anderen Seite ungerecht sein würde, den arglosen Erbschaftskläger, welcher als unmittelbarer Universalnachfolger des Erblassers sein eignes Erbrecht geltend macht, wegen des Betruges eines ihm fremden Dritten irgend welchen Nachtheilen zu unterwerfen [31]).

Ist hiernach der oben erbrachte Beweis, daß der utilis actio des Cessionars und Quasicessionars aus der Person des Cedenten diejenigen Bestreitungen und Einreden entgegenstehen, welche in dem klagbar gemachten Rechtsverhältnisse selbst oder davon unabhängig in Begebenheiten aus der Zeit vor der Cession und Quasicession ihren Grund haben, durch die erwähnten Zweifelstellen nicht widerlegt worden: so bleibt nur übrig, hervorzuheben, daß es gleichgültig ist, theils welche Arten von causae, ob onerosae, ob lucrativae, die wirkliche oder fingirte Cession veranlaßt haben, theils welche Arten von Einwendungen, ob mehr, wie die exceptio legis Anastasianae, daß der Cedent als Cessionar des ursprünglichen Gläubigers von diesem die

---

31) Diese Grundsätze finden sich angewandt in Seuffert, Arch. III, Nr. 33. XI, Nr. 31.

Forderung für einen dem Nennwerthe nicht gleichkommenden Preis gekauft habe[32]), die Sachlegitimation, oder mehr, wie die exceptio transacti negotii[33]), die Sache selbst betreffend, und ob in der Sache selbst mehr zerstörlich oder mehr verzögerlich wirkend, in Frage stehen. Falsch ist namentlich die von Vielen schlechthin gemachte Unterscheidung, ob der Cedent ein pactum de non petendo in rem oder in personam abgeschlossen habe; denn die in Bezug genommenen Gesetze sind unzutreffend[34]), und innere Gründe sprechen gegen diese Unterscheidung, sofern nicht etwa bei dem pactum de non petendo in personam die Willensmeinung der Parteien gerade dahin gegangen ist, zwar den Gläubiger in Person, nicht aber einen Cessionar desselben an Einklagung der Forderung zu verhindern[35]). In dem anderen gewöhnlichen Falle, in welchem dem pactum d. n. p. in personam der Sinn beiwohnt, daß der Gläubiger bei seinen Lebzeiten die Forderung nicht einklagen dürfe[36]), ist es nicht anders, als wenn der Cedent das pactum ausdrücklich auf die ungewisse Zeit bis zu seinem Tode abgeschlossen hätte[37]), und wie kein Grund vorliegt, die Einrede aus solchem Vertrage weniger, als die Einrede aus der Zusage, bis zu einem sonstigen der Zeit nach ungewissen Ereignisse oder gar bis zu einem bestimmten Zeitpunkte der Klage sich zu enthalten, aus der Person des Cedenten dem Cessionar schaden zu lassen, so muß auch geleugnet werden, daß die Einrede aus des Cedenten derartigem pactum de non petendo in personam bis zum Tode des Cedenten dem Cessionar nicht gleichfalls schade. Der Cessionar hat sich lediglich an den Cedenten zu halten, der ihm nicht seiner Pflicht gemäß eine exceptionsfreie Forderung abgetreten hat[38]).

b. Haben die Einwendungen aus der Person des Cedenten, welche das klagbar gemachte Rechtsverhältniß betreffen, weder in dem klagbar gemachten Rechtsverhältnisse selbst, noch in anderen vor der Cession stattgehabten Ereignissen ihren Grund, sind dieselben vielmehr erst nach der wirklichen oder fingirten Cession erwachsen, so ist Regel, daß sie dem Cessionar oder Quasicessionar nicht schaden.

---

32) S. Th. I, S. 48 f. — — 33) l. 15 D. de transact. (2. 15). S. Th. II, S. 244 ff. — — 34) l. 28 §. 2, l. 57 §. 1 D. de pact. (2. 14). v. Vangerow, Lehrb. 6. Aufl. III, S. 128 Nr. 2. Mühlenbr., Ceff. S. 599. Francke a. a. O. S. 424 ff. — — 35) l. 25 §. 1 D de pact. (2. 14). — — 36) l. 57 §. 1 D. de pact. (2. 14), l. 9 D. de probat. (22. 3). — — 37) Schol. 2 zu Basil. XI, 1 c. 65 §. 1 (Heimb. I, p. 636): *δεῖ μέντοι τὴν διαίρεσιν τῶν πακτευόντων σκοπεῖν.* — Spectanda tamen est sententia paciscentium. — — 38) l. 4, l. 5 D. de her. vel act. (18. 4). S. Th. II, S. 139 ff.

Diese Regel erleidet zwar die Beschränkung, daß Einwendungen, welche nach der wirklichen oder fingirten Cession in der Person des Cedenten entstanden sind, den Cessionar einer exceptio doli oder entsprechenden exceptio in factum unterwerfen, wenn zur Zeit ihres Entstehens das Dasein der utilis actio des Cessionars noch unentschieden oder unbekannt gewesen ist und der Schuldner sonst unbilligen Nachtheil erfahren würde[39]; allein diese Beschränkung dient nur zur Befestigung der Regel, da sie nothwendig voraussetzt, daß da, wo sie nicht eintritt, die Regel zur Anwendung kommt.

Die Regel wird überdies anerkannt durch mehrfache Entscheidungen der Pandecten, des Codex und der Novellen.

Zunächst erklären Ulpian und Paulus die auf fingirter Cession beruhende und gleich von Anfang an ihrem Dasein nach entschiedene und dem Schuldner bekannte utilis actio der Proceßpartei aus einer von ihrem Procurator errungenen res judicata oder abgeschlossenen stipulatio judicatum solvi für statthaft und wirksam, obgleich der Schuldner wahrheitsgemäß einwendet, dem Quasicedenten Zahlung entrichtet oder auf dessen angestellte directa actio vor dem Prätor durch litiscontestatio geantwortet zu haben[40]; sodann bezeugen African, Papinian und der Kaiser Gordian, daß die durch Cession oder Quasicession entstandene utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars in ungeschwächter Wirksamkeit fortdaure, obgleich die directa actio des Cedenten oder Quasicedenten nach der Cession oder Quasicession durch den erblosen Tod des Berechtigten oder durch Confusion der Vermögen des Berechtigten und des Verpflichteten erloschen sei[41]; endlich ergiebt sich aus dem Inhalte kaiserlicher Novellen, daß die nach der Cession oder Quasicession vollendete Verjährung der directa actio des Cedenten oder Quasicedenten der utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars nicht schadet, die letztere Klage vielmehr lediglich einer auf eigne Voraussetzungen gegründeten Verjährung unterliegt[42]. Alle diese Entscheidungen und Bestimmungen verwerfen also der utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars gegenüber, soweit nicht die oberwähnte Ausnahme begründet ist, die in der Person des Cedenten oder Quasicedenten nach der Cession oder Quasicession erwach-

---

39) A. D. H. G. B. Art. 904. 905. Entw. eines B. G. B. f. Baiern Art. 106. Seuffert, Arch. XIII, Nr. 89. 246. — — 40) l. 28 pr. D. de procur. (3. 3), l. 86 D. de solut. (46. 3). — — 41) l. 1 C. de O. et A. (4. 10). S. Th. II, S. 254 ff. l. 20 D. de her. vel act. (18. 4). S. Th. II, S. 119 ff. l. 63 D. de reiv. (6. 1). S. Th. II, S. 368 ff. — — 42) Nov. 111. Nov. 131 c. 6. S. Th. II, S. 389 lit. b. A. M. Mühlenbr., Ceff. S. 600.

senen Einwendungen, mögen dieselben schlechthin oder bloß einredeweise das Klagerecht ausschließen sollen [43]).

Was die Ausnahme betrifft, so haben wir schon früher erfahren, theils daß ein Rescript Gordian's [44]) in Uebereinstimmung mit einem Rescripte der Kaiser Sever und Antonin [45]) demjenigen Cessus, welcher nach der Cession, aber bevor das Dasein einer utilis actio durch des Cessionars Denunciation oder durch dessen Empfangnahme einer Abschlagszahlung entschieden und dem Cessus bekannt geworden war, dem Cedenten Zahlung geleistet oder auf dessen directa actio sich eingelassen hatte, zur Abwehr unbilligen Schadens gestattet, durch exceptio doli den utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar zu nöthigen, das eine wie das andere gegen sich gelten zu lassen, theils daß Papinian [46]) der utilis actio des Erbschaftskäufers, deren unnachtheilige Wiederaufgebung durch ein wirklich hinzuempfangenes mandatum agendi dem Käufer allerdings möglich gemacht, allein deren Entstehung durch fingirte Cession nichtsdestoweniger von Anfang an gewiß und nur dem Quasicessus unbekannt geblieben war, die Einrede aus einem inzwischen vom Quasicessus mit dem Quasicedenten geschlossenen Vergleiche „propter ignorantiam debitoris" schädlich werden läßt.

Aus beiden Entscheidungen geht durch das argumentum a contrario hervor, daß es dem Cessionar oder Quasicessionar nicht geschadet haben würde, wenn der Schuldner nach entschiedenem und ihm bekannt gewordenem Gläubigerwechsel dem Cedenten oder Quasicedenten Zahlung geleistet oder mit demselben litem contestirt oder einen Vergleich geschlossen hätte.

Regel und Ausnahme sind also ebenso gewiß, als einfach und zutreffend. Es muß einleuchten, daß bei einem Gläubigerwechsel die vorher, nicht aber die nachher in der Person des Vorgängers entstandene Einwendung dem Nachfolger schadet, daß aber auch in dieser Beziehung dem Schuldner durch Unentschiedenheit und Unbekanntheit der Veränderung kein unverschuldeter Nachtheil zugefügt werden darf. Die zu dem Ende dem Schuldner gegen den Cessionar gegebene doli exceptio, welche vom Prätor nur im Fall anerkannter Erheblichkeit in die entsprechende exceptio in factum umgesetzt wurde [47]), verhinderte ja auch zugleich, daß der Schuldner aus der Unentschiedenheit und Unbekanntheit des Gläubigerwechsels unbilligen Vortheil zog, z. B.

---

[43]) A. D. H. G. B. Art. 904. 905. Thoel, Entscheidungsgr. Nr. 120. — — [44]) l. 3 C. de novat. (8. 42). S. Th. II, S. 211 ff. — — [45]) l. 3 C. mand. (4. 35). S. Th. II, S. 211 ff. — — [46]) l. 17 D. de transact. (2. 15). S. Th. II, S. 244 ff. — — [47]) Keller, röm. Civilproc. S. 135 f.

durch die inzwischen eingetretene Beerbung des Cedenten, oder durch den inzwischen vom Cedenten schenkweise empfangenen Erlaß dem Cessionar gegenüber frei wurde[48]).

Zu bemerken ist indeß noch einerseits, daß den erörterten Grundsätzen auch Klagbeschränkungen unterworfen sind, welche nicht eigentlich die Form von Einwendungen oder Einreden haben, wie die Compensation, über die unten bei Gelegenheit der gegen den Cessionar zu richtenden exceptio doli praesentis mehr zu sagen sein wird[49]), andererseits, daß natürlich eine exceptio doli praesentis ihrem Begriffe nach aus der Person des Cedenten gegen den Cessionar noch weniger, wenn er utiliter im eignen Namen klagt, als wenn er direct in des Cedenten Namen auftritt, begründet werden kann. Deshalb widerspricht es der aufgestellten Regel keineswegs, daß die exceptio doli praesentis unter Umständen dem utiliter suo nomine klagenden Cessionar nicht schadet, obgleich sie dem direct im eignen Namen klagenden Cedenten geschadet haben würde[50]). Hat z. B. der Mandator für den Hauptschuldner Zahlung geleistet, so würde dem direct im eignen Namen gegen den Hauptschuldner klagenden Gläubiger die exceptio doli praesentis entgegenstehen, weil es der bona fides zuwiderläuft, zweimal Zahlung zu fordern[51]). Ist aber die Forderung vom Gläubiger dem Mandator cedirt, so hat der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar weder aus der Person des Cedenten, noch aus seiner eignen Person eine exceptio doli praesentis zu fürchten; denn — sagt der Basilikenscholiast Stephanus[52]) — die exceptio ist der Einwand gegen eine Klage, welche rechtlich betrachtet vollgültig, natürlich angesehen aber unbillig ist. Und in der That erscheint die Klage, was den ursprünglichen Gläubiger anlangt, nach natürlicher Anschauung unbillig, wenn sie aber dem Mandator für geleistete Zahlung cedirt ist, was diesen betrifft, durchaus billig, so daß der Mandator, welcher in Folge der Zahlung in seiner Person Recht und Billigkeit vereinigt, die ihm cedirte Klage frei von jeglichem Vorwurfe muß durchsetzen können.

Uebrigens können natürlich, wie die in der Person des ersten Gläubigers entstandenen Einwendungen dem ersten Cessionar, so auch die in der Person des ersten Cessionars entstandenen Einwendungen dem zweiten Cessionar und so ferner entgegengesetzt werden[53]), und zwar nach den

---

48) S. Th. II, S. 239. 7. — — 49) S. Th. II, S. 413 ff. — — 50) Vergl. Th. II, S. 44 ff. — — 51) l. 57 D. de reg. jur. (50. 17). — — 52) Schol. 1 zu Basil. XIV, 1 c. 28 (Heimb. II, p. 112). — — 53) Anerkannt v. O. A. G. zu München. Seuffert, Arch. III, Nr. 33. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 340.

im §. 31 gelieferten Ausführungen selbst dann, wenn die Zwischeninhaber die Forderung weiter cedirt haben, bevor der Schuldner vom stattgehabten Gläubigerwechsel unterrichtet worden war[54]); denn der Gläubigerwechsel und damit die Einwirkung des neu entstandenen Einwands auf die Forderung des neuen Gläubigers tritt ein, mag der Schuldner davon wissen oder nicht. Der letzte Cessionar unterliegt also allen den Einwendungen, welche in allen Personen seiner Forderungsvorgänger jemals entsprungen sind, da der spätere Cessionar selbstverständlich auch den gegen den früheren Cessionar aus der Person des früheren Cedenten wirksamen Einwendungen ausgesetzt ist.

Hiernach könnten wir die Erörterung über die aus der Person des Cedenten dem Cessionar entgegenstehenden Einwendungen verlassen, wenn nicht zum Schluß noch hervorzuheben wäre, wie der Cessionar genöthigt ist, in Betreff jener Einwendungen aus der Zeit vor der Cession nicht bloß alle eigentlichen Dispositionen des Cedenten gegen sich gelten zu lassen, sondern auch alle Geständnisse und Anerkenntnisse desselben[55]), d. h. alle Aussagen, welche der Cedent über das Vorhandensein einer jene Einwendungen betreffenden Thatsache zu seinem Nachtheile mündlich oder schriftlich in der Absicht abgegeben hat, daß dadurch ein Zeugniß gegen ihn gebildet werde[56]). Auch diese Erklärungen sind Willensacte, obgleich in ihnen nicht der Wille, eine Verpflichtung gegen den Schuldner zu übernehmen, sondern der Wille, dem Schuldner ein Beweismittel zu liefern, enthalten ist[57]). Auch sie binden daher die Universal- und Singularsuccessoren des Erklärenden[58]), nicht aber einen Dritten[59]), so daß z. B. — abgesehen von den aus etwaiger Unentschiedenheit und Unbekanntheit der Cession sich ergebenden Modificationen — einer Privatquittung des Cedenten über den

---

[54]) Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 664. A. M. Mühlenbruch, Cession S. 606 und mit Rücksicht auf Preuß. Recht Koch a. a. O. S. 197 f. — — [55]) l. 25 §. 4 D. de probat. (22. 3), l. 13 C. de non num. pec. (4. 30), c. 14 X. de fide instrum. (2. 22). — — [56]) Wachenhusen im Arch. f. civ. Pr. Bd. 13, S. 138. Schlesinger, Formalcontracte S. 137 ff. Wetzel, Syst. des Proc. §. 22. Seuffert, Arch. I, Nr. 145. Entw. e. d. C. P. O. §. 364. — Ueber mündliche Geständnisse vergl. Nov. 90 c. 2. — c. 3 X. de success. ab intest. (3. 27). — — [57]) Schlesinger, Formalcontracte S. 137 ff. — — [58]) l. 25 §. 4 D. de probat. (22. 3), l. 6, l. 13, l. 14 C. de non num. pec. (4. 30). Nov. 48 c. 1 pr. Nov. 100 c. 1. 2. Ortloff, jur. Abhandl. Bd. 1, S. 34 ff. cf. l. 40 pr. D. de pact. (2. 14). Wachenhusen im Arch. f. civ. Pr. Bd. 13, S. 213 ff. Gerau in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20, S. 107 ff. Heimbach im Rechtslexic. Bd. 11, S. 665. 688. Langenbeck, Beweisführung Bd. 3, S. 657. Löhr, Centralorgan f. H. u. W. R. N. F. Bd. 1, S. 140 f. — — [59]) l. 11 C. qui potior. (8. 18). Wetzel, Proc. 2. Aufl. §. 22 not. 20.

Empfang der Zahlung gegen den Cessionar Beweiskraft gebührt oder nicht, je nachdem die Urkunde vor oder nach der Cession ausgestellt ist. Denn ist sie vom Cedenten vorher ausgestellt, so liegt darin ein Geständniß, welches Anfangs dem Aussteller selbst schadet und später gegen den Cessionar als prätorischen Singularsuccessor des Ausstellers dieselbe Wirksamkeit äußern muß; ist sie später ausgestellt, so würde sie von Anfang an bloß dem Cessionar, nicht dem Cedenten schädlich sein können, mithin schon ursprünglich ihrem Inhalte nach nur ein fremdes Privatzeugniß bilden, durch welches der Cedent so wenig, als jeder sonstige Dritte dem Cessionar zu präjudiciren vermag.

Wie aber, wenn die Zeit der Ausstellung selbst nur aus dem der Urkunde beigefügten Datum erhellt? Ich glaube, daß auch in diesem Falle der Urkunde so lange Beweiskraft gegen den Cessionar beizulegen ist, als der Letztere nicht seinerseits darthut, das Datum sei unrichtig angegeben. Denn dem äußeren Ansehen nach erscheint die Urkunde gerade wegen ihres Datums als ein Geständniß des Cedenten, welches den Cessionar bindet. Der Cessionar hat also erst die aus der äußeren Form der Urkunde wider ihn abzuleitende Vermuthung durch Gegengründe zu widerlegen [60]), bevor der Inhalt der Urkunde dem Anscheine zuwider als das Privatzeugniß eines Fremden, folglich als rechtlich gleichgültig betrachtet werden kann [61]).

B. Einwendungen aus seiner Person

schaden dem utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar oder Quasicessionar ohne Einschränkung [62]). Nicht nur des Cessionars oder Quasicessionars Zahlungsempfangnahme, Vergleich, pactum de non petendo, Eid [63]) u. s. w., sondern auch die aus seiner Person zu begründende Klagverjährung hebt sein Klagerecht ipso jure oder ope exceptionis auf. Was namentlich die Klagverjährung betrifft, so darf man sich nur erinnern, daß juristische Personen, wie Kirchen, Stiftungen, Städte, Verträge bloß durch ihre Vertreter abzuschließen und aus solchen Verträgen eigne Klagen bloß durch wirkliche oder fingirte Cession der Vertreter in abgeleiteter Form zu erwerben vermögen [64]), um sich

---

[60]) l. 14 C. de contrah. et committ. stipul. (8. 38), l. 30 D. de V. O. (45. 1). Wachenhusen im Arch. f. civ. Pr. Bd. 13, S. 222 f. 226 ff. — — [61]) So viel über die Bemerkung Bähr's a. a. O. S. 446 not. 124. Vergl. Seuffert, Arch. IX, Nr. 343. Anders entschieden in Seuffert, Arch. XIII, Nr. 193. XV, Nr. 19. — Unbestimmt gelassen im Entw. a. d. C. P. O. §§. 364. 369. — — [62]) A. D. H. G. B. Art. 904. 905. — — [63]) S. Th. II, S. 300 ff. — — [64]) l. 5 §. 7. 9 D. de constit. pec. (13. 5), l. 10 D. quod cuj. univ. nom. (3. 4). S. Th. II, S. 397 ff.

zu überzeugen, daß vorzugsweise diese utiles actiones gemeint sind, wenn Justinian unter den übrigen Klagen der Kirchen, Stiftungen und Städte insbesondere den Kauf- und sonstigen Contractsforderungen derselben erst eine hundertjährige Dauer verliehen[65]), dann diese Dauer für Kirchen und Stiftungen auf 40 Jahre, für Städte auf 30 Jahre ermäßigt hat[66]). Daß und wie in diesem Falle die Verjährungszeit, welche vor der Cession oder Quasicession für die directa actio des Cedenten oder Quasicedenten verstrichen ist, dem Cessionar oder Quasicessionar anzurechnen sei, ist schon oben erörtert worden[67]).

Ferner ist mit Beziehung auf frühere Ausführungen des verschiedenartigen Gebrauchs der exceptio doli zu gedenken. Dieser Einrede ist der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar oder Quasicessionar unter anderem verfallen:

a. nach der zu Gunsten der directa actio des Cedenten oder der utilis actio eines Singularsuccessors des Cedenten (z. B. eines anderen Cessionars, eines Forderungspfandgläubigers, Forderungsnutznießers rc.) mit oder ohne Willen des Cessionars geschehenen Entkräftung seiner utilis actio.

Mit dem Willen des Cessionars geschieht diese Entkräftung, wenn der Cessionar veranlaßt oder wissentlich ungeachtet seiner Macht, es zu hindern, duldet, daß statt seiner utilis actio die directa actio des Cedenten oder die utilis actio eines Singularsuccessors des Cedenten zur Geltung kommt. Das ist beispielsweise der Fall, wenn er dem Cedenten die directa actio durch Zahlungsempfangnahme, Acceptilation, Novation, Rechtshängigmachung u. s. w. zu verwirklichen gestattet[68]) oder von seinem Vertreter (Tutor, Procuratar) gestatten läßt[69]); wenn er als Pfandgläubiger die zur Ausübung des jus offerendi et succedendi einem anderen Pfandgläubiger vergeblich angebotene und deshalb gerichtlich hinterlegte Auskauffsumme aus dem Gewahrsam zurücknimmt, dadurch die kraft fingirter Cession erworbenen utiles actiones aufgiebt und den directen Klagen des anderen Pfandgläubigers wieder freien Lauf einräumt[70]); wenn er als Pfandkäufer dem verkaufenden Pfandgläubiger die directe Pfandklage zur Sicherung des unbezahlten Kaufpreises bis zu dessen Bezahlung[71])

---

[65]) l. 23 C. de sacrosanct. eccles. (1. 2). Nov. 9. — — [66]) Nov. 111. Nov. 131 c. 6. — — v. Savigny, Syst. Bd. 5, §. 247. Nr. III. IV. — — [67]) S. Th. II, S. 392 f. — — [68]) l. 19 D. de her. vel act. (18. 4), l. 28, l. 39 §. 1 D. de procur. (3. 3). S. Th. I, S. 408 not. 4—8. S. 435 not. 21. Th. II, S. 181 ff. — — [69]) l. 1 §. 4, l. 16 D. de admin. tut. (26. 7). S. Th. I, S. 378 f. 394 f. — — [70]) l. 1 C. qui potior. (8. 18). S. Th. I, S. 309 f. — — [71]) l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6). S. Th. I, S. 50 zu not. 62. S. 258 f.

oder überhaupt deshalb und dadurch anzustellen erlaubt, daß er durch Vertrag oder Redhibition den Kauf rückgängig macht [72]) oder wegen erlittener Entwährung der erkauften Pfandsache vom verkaufenden Pfandgläubiger Entschädigung annimmt [73]); wenn er als Erbe des Cedenten die directa actio statt der ursprünglich eignen utilis actio durchführt [74]) oder auf Grund eines wirklichen Klagauftrags statt der ihm kraft wirklichen oder fingirten Klagauftrags im eignen Namen zustehenden utilis actio die directa actio des Cedenten in dessen Namen verfolgt [75]).

Ohne Willen ist er zu Gunsten der directa actio des Cedenten oder zu Gunsten der utilis actio eines Singularsuccessors des Cedenten seiner utilis actio verlustig, so oft rechtlich jenen Klagen vor seiner utilis actio der Vorrang gebührt. Denn, mag dieser Vorrang auf Rücksichten gegen den Cessus, oder auf Rücksichten gegen den Cedenten beruhen, immer ist es ein direct oder indirect gegen den Cessus gerichteter dolus, wenn der Cessionar unbekümmert um jenen Vorrang seine nachstehende und daher den Cessus der Gefahr doppelter Zahlung oder Gefahren anderer Art aussetzende utilis actio zu verwirklichen sucht. Der Cessus ist deshalb berechtigt, nicht bloß vom Cessionar satisdatio defensum iri zu verlangen, und den bevorzugten Cedenten oder Singularsuccessor desselben zur Intervention aufzufordern, sondern auch, sofern er den Vorzug der letztgenannten Personen vor dem Cessionar völlig darzuthun vermag, sofort die utilis actio des Cessionars durch doli oder in factum exceptio ganz zurückzuweisen [75a]). So beispielsweise, wenn der Cessionar die Verbote überschreitet, Geldforderungen unter dem Nennwerthe anzukaufen (lex Anastasiana) [76]), streitige Forderungen zu erwerben [77]), judicii mutandi causa dingliche und nach canonischem Recht selbst persönliche Forderungen sich abtreten zu lassen [78]); wenn er als Erbschaftskäufer den Verkäufer beim Handel betrogen hat [79]), als Legatar die Auflage, von den ihm durch die rechtsprechende Obrigkeit überwiesenen Erbschaftsforderungen Kampfspiele zu bestreiten, nicht er-

---

[72]) l. 10 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 26 D. de solut. (46. 3), l. 15 §. 17 D. de re jud. (42. 1). S. Th. I, S. 256 ff. — — [73]) l. 12 §. 1 D. de distr. pign. (20. 5), l. 23 D. de pignor. act. (13. 7), l. 59 §. 4 D. mand. (17. 1). S. Th. I, S. 256 ff. — — [74]) l. 40 D. solut. matrim. (24. 3), l. 8 C. ad exhib. (3. 42). S. Th. I, S. 410. 414 ff. 439 ff. Th. II, S. 183. — — [75]) l. 3 C. mand. (4. 35), l. 3 C. de novat. (8. 43), l. 17 D. de transact. (2. 15), l. 5 C. de her. vel act. (4. 39). S. Th. II, S. 183. — — [75a]) Schol. 8 zu Basil. LX, 6 c. 39 (Heimb. V, p. 404). — — [76]) S. Th. I, S. 34 ff. Th. II, S. 189 f. — — [77]) l. 2, l. 3, l. 4 C. de litigios. (8. 37). S. Th. II, S. 189. — — [78]) l. 11 D. de alien. jud. m. c. (4. 7), c. 2 X. eod. (1. 42). S. Th. I, S. 25. 218. Th. II, S. 189 ff. Mühlenbr., Ceff. S. 380 f. — — [79]) l. 4 C. de her. vel act. (4. 39). S. Th. II, S. 191 ff.

füllt[80]), als Principal sich außer Stande befindet, dem Proceßprocurator die Kosten und Auslagen zu erstatten, durch welche dieser wider den Proceßgegner die auch deren Ersatz umfassende, durch fingirte Cession auf den Principal als utilis actio übergegangene judicati actio errungen hat[81]); wenn er endlich nicht verschmähet hat, eine zur Verkürzung der Gläubiger vom insolventen Gemeinschuldner vor dem Concurse verkaufte Forderung trotz besseren Wissens anzukaufen; denn auch in diesem Falle wird der Verkauf für die verletzten Gläubiger dadurch unschädlich gemacht, daß die Gläubiger oder der Concurscurator die auf einer späteren fingirten Cession des mit der directa actio versehen gebliebenen Gemeinschuldners beruhende utilis actio gegen den Cessus anstellen und die wegen der früher auf den Forderungskäufer übergegangenen utilis actio von demselben opponirte exceptio doli durch die replicatio Pauliana entkräften, woraus das Recht des Cessus, der utilis actio des Käufers mit Beziehung auf das bessere Recht der betrogenen Gläubiger eine exceptio doli entgegenzusetzen, von selbst folgt.

b. Die exceptio doli trifft den Cessionar auch dann, wenn ihm der Cessus in irgend einer anderen Beziehung rücksichtlich seiner utilis actio Arglist vorzuwerfen vermag. Beweise liefern diejenigen Pandectenstellen, welche gegen Klagen, die nur als cedirte oder quasicedirte angestellt sein können, die exceptio doli gestatten, ohne zu unterscheiden, ob direct in des Cedenten oder utiliter im eignen Namen geklagt worden sei; denn gewiß hat Ulpian, welcher die exceptio doli praeteriti gegen den Cessionar wegen arglistiger Handlungen desselben selbst dann zuläßt, wenn der Cessionar direct im Namen des Cedenten klagt[82]), dieselbe Einrede nicht verwerfen wollen, wenn der Cessionar oder Quasicessionar utiliter im eignen Namen streitet, z. B. als Minderjähriger, oder selbst als zurechnungsfähiger Pupill mit Einwilligung beziehungsweise Vollwort des Vormunds aus einem Contracte desselben die möglicher Weise nur durch wirkliche oder fingirte Cession erworbene utilis actio anstellt[83]); gewiß hat auch Pomponius zunächst an eine der utilis actio des Principals entgegentretende doli praeteriti exceptio gedacht, wo er die nur einer wirklichen oder fingirten Cession zu verdankende emti actio des Principals, welcher durch einen Mandatar einen zwar nicht dem Mandatar, aber ihm selbst als fluchtsüchtig bekannten Sklaven hat kaufen lassen, gegen den mit diesem Fehler gleichfalls bekannt gewesenen Verkäufer für undurchführbar er-

80) l. 21 §. 3 D. de annuis legat. (33. 1). S. Th. II, S. 191 ff. — — 81) S. Th. II, S. 190. — — 82) l. 4 §. 18 D. de doli exc. (44. 4). S. Th. II, S. 40 ff. 145. — — 83) l. 4 §. 26 D. de doli exc. (44. 4). S. Th. II, S. 145 ff.

klärt[84]); gewiß ist von den Basiliken[85]) in der vom Urtexte etwas abweichenden Bearbeitung der l. 17 D. de liberali causa (40. 12) beabsichtigt, auch die utilis actio der Bestimmung unterzuordnen, daß der Mandant, welcher wider besseres Wissen durch seinen der Verhältnisse unkundigen Mandatar einen bestimmten freien Menschen als vorgeblichen Sklaven hat kaufen lassen, mit seiner nur durch wirkliche oder fingirte Cession zu stützenden in factum actio auf das Doppelte des Kaufpreises gegen den betrüglich verkauften Freien an der exceptio doli praeteriti scheitere[86]).

Außer der exceptio doli praeteriti kommt aber auch die exceptio doli praesentis zur Anwendung, so oft der Cessionar durch Durchführung der utilis actio den Schuldner unbillig benachtheiligen würde. Hat z. B. der Cessionar durch unentschiedenen oder dem Schuldner unbekannten Erwerb der utilis actio dem Schuldner Veranlassung gegeben, statt des Cessionars mit dem Cedenten durch Zahlungsleistung, Vergleichsschluß, Litiscontestation u. s. w. sich einzulassen, so kann der Cessus den Cessionar durch die exceptio doli praesentis zwingen, das mit dem Cedenten Abgemachte gelten zu lassen und statt der Zahlung mit der Cession der dem Cessus etwa gegen den Cedenten erworbenen Rückforderungsklagen sich zu begnügen[87]); oder steht der Käufer des vom Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung verkauften Pfandes zu dem in Besitz des Pfandes befindlichen Schuldner in besonderen persönlichen Beziehungen, indem er etwa als Bürge[88]) oder als zweiter Pfandgläubiger[89]) oder als Theilnehmer, beziehungsweise Vertreter eines vom Verkäufer beim Verkaufe gegen den Schuldner begangenen dolus[90]) dem Schuldner obligirt ist, so unterliegt er als utiliter im eignen Namen die Pfandklage auf Herausgabe des Pfandes gegen den Schuldner anstellender Cessionar oder Quasicessionar des Verkäufers[91]) auf Grund des ihm vom Schuldner gemachten Zahlungsangebots der regelmäßig gegen den Pfandkäufer ausgeschlossenen[92]) Einrede selbstverschuldeter Nichtbefriedigung ausnahmsweise aus dem Grunde, weil seine persönlichen Beziehungen zum Schuldner die

---

84) l. 13 D. de contrah. emt. (18. 1). S. Th. II, S. 145 ff. cf. l. 4 §. 17 D. de doli exc. (44. 4) . . . excipere possumus et de eorum dolo, quibus acquiritur. — — 85) Basil. XLVIII, 8 c. 17 (Heimb. IV, p. 727) . . . οὐκ ἔχω ἀγωγήν . . . actionem non habeo. — — 86) S. Th. II, S. 141. 398 f. — — 87) S. Th. II, S. 207 ff. 242 ff. — — 88) l. 2 D. de distr. pign. (20. 5), l. 1 C. de dolo (2. 21), l. 59 §. 1 D. mand. (17. 1), l. 32 pr. D. de neg. gest. (3. 5). S. Th. I, S. 236 ff. — — 89) l. 5 §. 1, l. 6 D. de distr. pign. (20. 5). S. Th. I, S. 241 ff. — — 90) l. 1, l. 3, l. 4 C. si vend. pign. ag. (8. 30), l. 2 C. de praed. et aliis reb. min. (5. 71). S. Th. I, S. 244. — — 91) S. Th. I, S. 222 ff. — — 92) S. Th. I, S. 227 not. 36.

Ablehnung des Zahlungsangebots nichtsdestoweniger als dolus erscheinen lassen [93]); ein Satz, der zugleich beweist, daß Repliken und Dupliken den Einreden auch im Verhältniß zum Cessionar gleich behandelt werden.

c. Endlich dient die exceptio doli auch dazu, Klagbeschränkungen, welche nicht gerade die Natur der Einreden theilen, aus der eignen Person des Cessionars und selbst aus der Person des Cedenten der utilis actio gegenüber zur Geltung zu bringen. Denn wenn z. B. die condemnatio durch die Beschränkung auf das Erschwingliche, die intentio oder condemnatio durch die Beschränkung auf den Ueberschuß der Forderung über die Gegenforderung des Beklagten ermäßigt werden soll, so ist oder war die exceptio doli das Mittel zum Zweck [94]). Das Wesen der exceptio doli brachte aber von selbst nachstehende Folgen mit sich:

α. Die Wohlthat des Nothbedarfs ist natürlich, soweit sie auf den persönlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner beruhet, aus den schon früher erörterten Gründen [95]) noch gewisser gegen den utiliter im eignen Namen, als gegen den direct in des Cedenten Namen klagenden Cessionar lediglich aus der Person des Cessionars [96]), nicht aus der Person des Cedenten zu begründen. Denn wenn v. Vangerow [97]) das Gegentheil behauptet, weil die daraus für den Schuldner hervorgehende Einrede nicht etwa rein processualisch sei, sondern den Inhalt des Forderungsrechts selbst afficire und das Recht des Gläubigers mindere, auch es doch wohl ebenso sehr contra bonos mores verstoße, wenn z. B. der Sohn seinen dürftigen Vater durch einen Cessionar bis auf das Aeußerste ausklagen lasse, als wenn er dies unmittelbar selbst thue, so ist dagegen zu bemerken, daß die Einrede, welche von dem Zufall abhängt, ob der Schuldner zur Zeit der Verurtheilung beziehungsweise Execution gerade ausreichendes Vermögen hat oder nicht, allerdings nur bei Gelegenheit der Proceßführung zur Anwendung kommt, allein weder den Inhalt des Forderungsrechts selbst afficirt, noch das Recht des Gläubigers mindert, sondern nur dessen strenger Ausübung zur Zeit sittliche, vom Recht anerkannte Schranken setzt [98]), daß es auch gewiß nicht contra bonos mores verstößt, wenn z. B. der Sohn eine zinstragende Hypothekforderung gegen seinen reichen Vater abtritt, und der fremde Cessionar, nachdem er noch lange Jahre Zinsen gezogen hat, später den durch Verschwendung in Vermögensverfall gerathenen Cessus auf's Aeußerste wegen

---

93) S. Th. I, S. 235. — — 94) S. Th. II, S. 23 ff. 36 ff. — — 95) S. Th. II, S. 151 f. — — 96) arg. l. 4 §. 16 D. de doli exc. (44. 4). — — 97) Lehrb. 6. Aufl. III, S. 129. — — 98) Sintenis in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 15, S. 386 ff.

des Capitals ausklagt. Oder soll etwa der Cessionar bloß deshalb, weil vor Jahren ein Sohn des Schuldners Gläubiger war, sich moralisch verpflichtet halten, gegen diesen Schuldner weniger streng zu verfahren, als gegen alle anderen Schuldner? Der Sohn, welcher zur Umgehung der Competenzeinrede seine Forderung gegen den dürftigen Vater einem Fremden cedirt, handelt allerdings schlecht, weshalb auch der Cessionar, welcher wissentlich dieser Schlechtigkeit Vorschub leistet, ohne Zweifel gleich dem Cedenten einer exceptio doli unterliegt; allein derjenige Cessionar, welcher im besten Glauben die Forderung erwirbt, kann unmöglich ohne Unrecht genöthigt werden, moralische Verstöße des Sohns gegen den Vater auf seine Kosten auszugleichen.

Und wie seltsam ist die von v. Vangerow selbst aus seiner Ansicht gezogene Folgerung, daß nach dem Tode des Cedenten dem Cessionar diese Einrede ebenso wenig soll entgegengesetzt werden können, wie den Erben des Gläubigers! Aendert sich etwa das Verhältniß des Schuldners zum Cessionar, mit dem er allein noch zu thun hat, durch den Tod des Cedenten? Oder hört etwa mit dem Tode des Cedenten die Minderung auf, welche das Recht des Gläubigers nach v. Vangerow's Meinung durch die Einrede erlitten hat? Muß Beides verneint werden, so ist das ein Grund mehr, um die von uns vertheidigte Ansicht allein der Logik des Rechts und den Anforderungen der Billigkeit entsprechend zu erachten[99]).

β. Die Compensation und Deduction umfaßt nicht bloß eigne Schulden des Cessionars, sondern auch Schulden des Cedenten.

aa. Die Aufrechnung eigner Schulden des Cessionars kann von keinen anderen Voraussetzungen abhängen, als die Aufrechnung eigner Schulden jedes anderen im eignen Namen klagenden Gläubigers[100]), da die Einforderung dessen, was man sofort zurückgeben müßte, bei dem Cessionar nicht weniger, als bei jedem anderen Gläubiger als verwerfliche Unbilligkeit erscheinen würde[101]). Bei Gegenforderungen, welche dem Schuldner schon vor der Cession gegen den Cessionar zustanden, bestimmt sich indeß der Anfang der Gegenseitigkeit verschieden, je nachdem der Cessus oder der Cessionar die Aufrechnung betreibt. Im ersten Falle darf die Aufhebung der gegenseitigen Forderungen unter allen Umständen vom Augenblicke der Cession datirt werden, weil der Cessionar von diesem Augenblicke die Herrschaft über

---

[99]) S. Mühlenbr., Ceff. §. 61 Nr. 3 lit. b. S. 607 ff. Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 662 f. v. Kreittmayr, zum Baiersch. Landr. Th. 2, S. 531. Abweichende Bestimmungen im Preuß. Rechte. A. G. O. I, 49 §. 16. Koch a. a. O. S. 198 f. 201. — — [100]) A. D. H. G. B. Art. 904. 905. — — [101]) l. 8 pr. D. de exc. doli (44. 4), l. 173 §. 3 D. de reg. jur. (50. 17). Dernburg, Compensat. S. 371 ff. 391 f.

die Forderung in Anspruch nimmt, also diesen Zeitpunkt als Beginn der Gegenseitigkeit muß gelten lassen, mag die Entstehung der utilis actio von Anfang an entschieden und dem Cessus bekannt gewesen sein oder nicht[102]). Im zweiten Falle kann der Cessus verlangen, daß der Cessionar die dem Cessus schädlichen Folgen der Aufhebung erst von dem Zeitpunkte an wirksam werden lasse, an welchem die Entstehung der utilis actio entschieden und dem Cessus bekannt zu sein angefangen hat, weil Unentschiedenheit und Unbekanntheit der utilis actio dem Cessus in keiner Hinsicht nachtheilig werden dürfen[103]).

Auch wenn der Cedent selbst nur Cessionar eines früheren Cedenten ist, leiden diese Grundsätze Anwendung.

bb. Schulden des Cedenten finden Berücksichtigung, weil theils die aus der Person des Cessionars begründete Formel der utilis actio in der intentio und condemnatio den Abzug einer Schuld des Cedenten ebensowohl erträgt, als z. B. die Formel der vom Vater im eignen Namen aus einem Gesellschaftscontracte des Haussohns angestellten actio pro socio den Abzug einer Schuld des Haussohns[104]), theils dem Schuldner das einmal erworbene Recht auf Compensation mit einer Gegenforderung an den Cedenten ohne Unbilligkeit durch die Cession nicht entzogen werden kann[105]). In der Regel müssen indeß die Gegenforderungen an den Cedenten vor dem Gläubigerwechsel entstanden sein; nur ausnahmsweise kann der des Gläubigerwechsels nicht gewiß oder nicht kundig gewesene Cessus zur Abwehr unverschuldeten Nachtheils verlangen, daß der Cessionar auch spätere, jedoch vor der Vergewisserung des Schuldners entstandene Gegenforderungen an den Cedenten zur Aufrechnung zulasse und dafür diejenigen Klagen abgetreten erhalte, welche der Cessus gegen den bereicherten Cedenten auf Herausgabe der Bereicherung etwa anstellen kann[106]).

Gegenforderungen an den Cedenten, welche erst nach diesen Zeitpunkten fällig werden, darf der Cessionar von der Aufrechnung ausschließen, weil der Regel nach die Voraussetzungen der auch vom Cessionar zu beachtenden Compensabilität vor dem Gläubigerwechsel in der Person des Cedenten eingetreten sein müssen, und nach der Verge-

---

102) S. Th. II, S. 222 ff. — — 103) S. Th. II, S. 297 ff. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 339. — — 104) l. 9 pr. D. de compensat. (16. 2). — — 105) A. D. H. G. B. Art. 904. 905. Entw. eines b. G. B. f. Baiern Art. 191. Mühlenbruch, Ceff. S. 596 ff. Dernburg, Compens. S. 386 ff. Preuß. L. R. I, 16 §. 313. Code de commerce art. 1690. 1691. Gad, Handelsr. I, S. 112. — — 106) S. Th. II, S. 238. 4. A. D. H. G. B. Art. 904. 905. Puchta im Rechtslexic. Bd. 2, S. 662. Entscheid. des Tribun. zu Celle Jahrg. IV, Nr. 21. — Glück, Comm. Bd. 16, S. 417 f. not. 87. Entw. eines b. G. B. f. Baiern Art. 191. Arch. für prakt. Rechtsw. II, S. 323. Seuffert, Arch. XI, Nr. 105.

wisserung des Cessionars zu Ausnahmen von dieser Regel kein Grund mehr vorliegt[107]).

Ist umgekehrt die Gegenforderung an den Cedenten schon vor jenen Zeitpunkten fällig geworden und nur der cedirten Forderung zu Gunsten des Schuldners ein erst nach jenen Zeitpunkten eingetretener Zahlungstag beigefügt, so findet die Aufrechnung kein Hinderniß, weil der Schuldner vor dem Zahlungstage nicht weniger zu compensiren, als zu zahlen berechtigt sein muß und dieses Rechts durch die Cession nicht beraubt werden darf[108]).

Stehen der Gegenforderung an den Cedenten, welche der Schuldner zur Aufrechnung zu bringen sucht, Einwände entgegen, so dürfen diese vom Cessionar aus der Person des Cedenten ohne Weiteres begründet werden[109]). Nur den Einwand der Gegencompensation, womit der Cedent die vom Schuldner zur Compensation gezogene Gegenforderung entkräften könnte, wird der Cessionar nicht durchzusetzen vermögen, ohne dem Schuldner auf Verlangen cautio de rato zu leisten[110]): denn die Gefahr, daß der Cedent die vom Cessionar zur Gegencompensation benutzte Forderung abermals einklage, muß vom Schuldner abgewandt sein, ist aber ohne jene Caution nicht abgewandt, da ohne Weiteres wohl nicht angenommen werden darf, der Cedent habe dem Cessionar mit der Cession zugleich die Ermächtigung ertheilt, zur Aufrechthaltung der cedirten Forderung wider die Aufrechnung von Gegenforderungen an den Cedenten sonstige Forderungen des Cedenten an den Cessus als zur Gegencompensation verwendet darzustellen.

Ist der Cedent selbst wieder Cessionar eines früheren Cedenten, so gelten diese Regeln bei der utilis actio des zweiten Cessionars in dem erweiterten Umfange, daß Forderungs-, Compensations- und Gegencompensationsverhältnisse nicht bloß aus der Person des zweiten Cedenten, welcher selbst wieder Cessionar ist, sondern unter denselben Voraussetzungen, wie wenn der zweite Cedent als Cessionar selbst geklagt hätte, auch aus der Person des ersten Cedenten berücksichtigt werden müssen[111]). Gegenforderungen aus den Personen von Zwi-

---

[107]) l. 7 D. de compens. (16. 2), l. 13 §. 5 D. de pign. et hyp. (20. 1). Arndt's Pand. §. 264 in Verbindung mit §. 256 not. i. Dernburg, Compens. S. 388. Seuffert, Arch. II, Nr. 279. III, Nr. 44 not. 1. XI, Nr. 105. XII, Nr. 18. XIII, Nr. 91. XIV, Nr. 22. Vergl. indeß Strietdorst, Rechtsgrunds. III, S. 173 f. — — [108]) Dernburg, Compens. S. 388. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 18, S. 97 f. Seuffert, Arch. VI, Nr. 177. XV, Nr. 119. A. M. Mühlenbr., Cess. S. 598. Krug, Compens. S. 170. — — [109]) l. 14 D. de compens. (16. 2). — — [110]) arg. l. 9 §. 1 D. de compens. (16. 2). Dernburg, Compens. S. 387 ff. Seuffert, Arch. I, Nr. 30. Nicht entgegen ist l. 21 D. de compens. (16. 2). S. Th. II, S. 31 ff. — — [111]) Dernburg, Compens. S. 392. Glück, Comm. Bd. 15, S. 95. Sande,

scheninhabern der cedirten Forderung dürfen also gegen den letzten Cessionar selbst dann zur Compensation gezogen werden, wenn die Zwischeninhaber die Forderung weiter cedirten, bevor der stattgehabte Gläubigerwechsel entschieden oder dem Schuldner bekannt geworden war [112]).

Von allen diesen Regeln findet nur dann eine selbstverständliche Ausnahme Statt, wenn der utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars ein Rechtsgeschäft zum Grunde liegt, welches der Cedent oder Quasicedent als offener Vertreter des Cessionars oder Quasicessionars abgeschlossen hat, so daß der Schuldner sogar genöthigt ist, das Eigenthum der schuldigen Leistung unmittelbar aus seinem Vermögen in das Vermögen des Cessionars oder Quasicessionars zu übertragen [113]); denn unter diesen Umständen würde das Bewußtsein, daß der Cedent oder Quasicedent nur als Vertreter des Cessionars oder Quasicessionars contrahirte, dem Bestreben des Schuldners, eine ihm zur Zeit des Contractsschlusses gegen den Cedenten oder Quasicedenten zuständig gewesene Gegenforderung wider den Cessionar oder Quasicessionar zur Aufrechnung zu bringen, das Gepräge einer wider den Letzteren beabsichtigten Arglist aufdrücken, welches beim Prätor so wenig Billigung erwarten darf, als beim judex [114]). Nach den Grundsätzen der Billigkeit, wie sie mittelst der exceptio doli Geltung gewinnen, findet also auch dieser Punkt die der Natur der Sache angemessene Erledigung.

Es bleibt jetzt nur noch die Frage zu beantworten, ob und was sich geändert habe, seit Justinian der exceptio doli die Vermittelung der Aufrechnung benommen und den Richter angewiesen hat, auf Antrag des Beklagten sofort den Kläger auch ohne dessen Zustimmung (ipso jure) der Beschränkung zu unterwerfen, daß nicht mehr als der Ueberschuß der Forderung über die Gegenforderung eingeklagt oder wenigstens nicht mehr, als die Verurtheilung des Bekagten in jenen Ueberschuß erwirkt werde [115]). Ich sehe nicht, daß die civilrechtlichen Grundsätze der aequitas, auf welchen das ganze Institut der Compensation und Deduction beruhet [116]), durch Justinian's bloß processua-

---

decis. Fris. III, 17 def. 2. Preuß. L. R. I, 16 §. 315. Entscheidungen des Tribunals zu Celle Jahrg. IV, Nr. 26. Arends, Sammlung intereff. Erk. II, S. 328 ff. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 340. — — [112]) Entscheidungen des Tribunals zu Celle Jahrg. IV, Nr. 26. Abweichende Grundsätze im Preuß. L. R. I, 16 §. 316. Koch a. a. O. S. 197 f. — — [113]) S. Th. II, S. 358 ff. — — [114]) Francke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 16, S. 434. Dernburg, Compens. S. 378 not. 1. A. D. H. G. B. Art. 895. Preuß. L. R. I, 16 §. 330. 332. Heidelberger krit. Zeitschr. I, S. 1 ff. — A. M. Voet ad Pand. de compens. nr. 8. Faber, Cod. defin. IV, 32 def. 17. — — [115]) S. Th. II, S. 33 ff. — — [116]) l. 36 D. de admin. tut. (26. 7), l. 18 pr. D.

lische Veränderungen irgendwie modificirt worden sind. Behaupten diese Grundsätze aber nach wie vor die gleiche Anwendung, sind dieselben namentlich in Betreff der Voraussetzungen der Aufrechnung von demselben entscheidenden Einflusse geblieben, wie früher, so folgt von selbst, daß die Beantwortung der Frage, ob und inwiefern wider die utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars Gegenforderungen aus der Person des Cedenten oder Quasicedenten zur Aufrechnung gelangen dürfen, durch Justinian's Veränderung überall nicht betroffen worden ist; ein Resultat, dessen Richtigkeit von der Praxis denn auch der Hauptsache nach allgemein anerkannt zu werden pflegt.

Aus dem vorstehend erörterten Rechte des Schuldners, gegen den utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar sowohl aus des Cedenten, als aus des Cessionars eigner Person Einwendungen zu gebrauchen und zu deren Beweise die Geständnisse und Anerkenntnisse jener Personen zu benutzen, folgt die doppelte Befugniß des Schuldners, theils auf eigentliche Einreden, soweit deren Natur überhaupt zuläßt, mit dem Erfolge, daß dem Cessionar eine replicatio pacti erwächst, zu verzichten, theils hinsichtlich aller Arten von Einwendungen und Ausflüchten mit der Wirkung, daß der Cessionar ein geeignetes Beweis- oder Gegenbeweismittel erhält, das Geständniß ihres Nichtvorhandenseins abzulegen. Beides ist auch in thesi unbestritten. Nur in hypothesi ist Streit darüber, ob und inwiefern die bei Cessionen gebräuchlichen Erklärungen des Schuldners obige Wirkungen hervorzubringen vermögen. Man pflegt nämlich den Schuldner bei der Cession zuzuziehen und von demselben die Abtretung, sowie den Cessionar als Gläubiger anerkennen zu lassen. Dieses Anerkenntniß ist dann an und für sich weder eine das Obligationsverhältniß novirende Delegation, noch ein constitutum, welches neben dem alten Obligationsverhältnisse ein neues herstellt, sondern hat nur den Erfolg, daß es eine besondere Benachrichtigung des Schuldners von der stattgehabten Cession und eine besondere Legitimation des Cessionars überflüssig macht[117]) und den Schuldner ohne Weiteres nöthigt, fortan statt des Cedenten dem Cessionar Zahlung zu leisten, nur mit dem

---

de compens. (16. 2), l. 5, l. 6 C. eod. (4. 31), l. 1 C. rer. amotar. (5. 21), cf. l. 5 D. de compens. (16. 2). — — [117]) Bähr, Anerkennung S. 180 leugnet ohne Grund, daß die Anerkennung des Cessionars durch den Cessus die Legitimation ersetze. Vergl. Herold im Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 6, S. 453. Koch a. a. O. S 191. Seuffert, Arch. XI, Nr. 137.

Cessionar in Unterhandlungen über die Schuld sich einzulassen und Einreden, welche die Cession betreffen, z. B. daß der Cessionar auf die Cession eingegangen sei, obgleich er das vom Cedenten dem Schuldner ertheilte Versprechen, sich der Cession zu enthalten, gekannt habe, nicht mehr vorzubringen. Das Anerkenntniß soll aber auch außerdem noch den weiteren Erfolg haben, zu Gunsten des Cessionars dem Schuldner gegenüber theils die Existenz der Forderung an sich, theils sogar deren Freiheit von Einwendungen und Ausflüchten außer Zweifel zu setzen [118]). Allein gegen diesen vermeintlichen Erfolg erheben sich gegründete Bedenken; denn wie Verzichte, so sind auch Geständnisse, namentlich auf Seiten des Schuldners, streng auszulegen [119]), und des Schuldners bloßes Anerkenntniß der Cession und des Cessionars als neuen Gläubigers enthält nach Bähr's richtiger Ausführung [120]) streng genommen nicht mehr, als die Erklärung, ohne Widerrede den Cessionar als Singularsuccessor in dasjenige Klagrechtsverhältniß, welches bisher zwischen dem Schuldner und dem Cedenten bestand, betrachten zu wollen; eine Erklärung über das Wesen und die Eigenschaften dieses Rechtsverhältnisses ist darin nicht enthalten. Es ist also nicht zulässig, daraus ohne Weiteres ein Geständniß der Richtigkeit des Klaggrundes oder gar ein Geständniß der Freiheit des Klagrechts von Einwendungen und Ausflüchten abzuleiten. Mühlenbruch stimmt freilich nur dem letzten Theile dieser Schlußfolgerung bei, indem nach seiner Ansicht die Agnition der Cession, als für die Gültigkeit der Cession an sich nicht erforderlich, ohne allen Sinn und Bedeutung sein würde, wenn sie nicht wenigstens das Geständniß enthielte, daß die Forderung an und für sich rechtlich begründet sei [121]). Allein dieser Einwurf ist unzutreffend, weil der Agnition der Cession immer noch die Bedeutung eines Verzichts auf die gegen die Cession zuständigen Einreden verbleibt. Es muß also in der That erst ein ausdrückliches Anerkenntniß der Richtigkeit der abgetretenen Forderung hinzukommen, um aus demselben weiterreichende Folgerungen ableiten zu können. Kommt aber ein solches ausdrückliches Anerkenntniß hinzu, dann ist es allerdings auch gerechtfertigt, den Sinn desselben nicht auf ein Geständniß der Existenz der Forderung an sich zu beschränken, sondern denselben auf die Einräumung der Freiheit von Einwendungen und Ausflüchten überhaupt auszudehnen; denn die Unterscheidung der

---

118) Glück, Comment. Bd. 16, S. 426 f. Mühlenbruch, Cession S. 511 f. — — 119) l. 47 §. 1 D. de pact. (2. 14), l. 24 C. de transact. (2. 4). — l. 47 D. de O. et A. (44. 7), l. 125 D. de reg. jur. (50. 17). — — 120) Anerkennung S. 179 ff. Jahrb. f. Dogmat. I, S. 469 not. 179. — Vergl. Puchta, Vorles. I, S. 125. — — 121) Cession S. 511 f.

beiden die Forderung ihrer Existenz oder bloß ihrer Wirksamkeit nach bestreitenden Vertheidigungsarten ist zu künstlich, um im gemeinen Leben dem Willen des die Richtigkeit der abgetretenen Forderung dem Cessionar gegenüber besonders anerkennenden Schuldners im Allgemeinen unterstellt werden zu dürfen [122]).

Die neueren Gesetzgebungen bestätigen dieses Ergebniß. Das Oesterreichische Gesetzbuch bestimmt [123]):

„Hat der Schuldner die cedirte Forderung gegen den redlichen Uebernehmer (Cessionar) für richtig anerkannt, so ist er verbunden, denselben als seinen Gläubiger zu befriedigen."

und Stubenrauch im Commentare zu diesem Paragraph räumt ein [124]), daß der Schuldner durch solche Anerkennung alle Einwendungen, welche ihm gegen den Cedenten zustanden, verliere, obgleich er sich noch derjenigen Einreden bedienen könne, welche gegen die Gültigkeit der Cession an sich vorzubringen seien, oder welche ihm unmittelbar gegen den Cessionar (wie z. B. die Einrede der Compensation) zustehen. Das Oesterreichische Gesetzbuch fordert also zwar mit gutem Grunde neben der Anerkennung der Richtigkeit der cedirten Forderung die Anerkennung der Richtigkeit der Cession, um Einreden gegen die Cession als ausgeschlossen betrachten zu können, mißt aber dem Anerkenntniß der Richtigkeit der cedirten Forderung unbedenklich den Sinn bei, sowohl Bestreitungen der Existenz der cedirten Forderung an sich, als Einwendungen gegen die Wirksamkeit derselben auszuschließen.

Das Preußische Landrecht [125]) enthält eine ähnliche Vorschrift, dahin lautend:

„Hat der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung auf rechtsgültige Weise einmal anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegenzusetzen."

Hiernach bedarf es zwar nicht nur der Anerkennung des Cessionars als nunmehrigen Gläubigers, um die Activlegitimation desselben als gewiß und einredefrei darzustellen, sondern auch der Anerkennung der cedirten nach Qualität und Quantität bestimmten Forderung, um den Schuldner an Einwendungen aus der Person des Cedenten gegen die Forderung zu hindern; allein ist einmal die Anerkennung der nach Qualität und Quantität bestimmten Forderung erfolgt, so ist nicht bloß die Existenz der Forderung an sich, sondern auch deren Freiheit

---

[122]) l. 64 D. de reg. jur. (50. 17). Seuffert, Arch. II, Nr. 30. 31. IV, Nr. 106. — — [123]) §. 1396. — — [124]) Th. III, S. 631 Nr. 3. — — [125]) I, 11 §. 412. Vergl. I, 5 §. 37. 38. I, 16 §. 314. 315.

von Einwendungen und Ausflüchten aus der Person des Cedenten vor Anzweifelung gesichert. Streitig ist nur, unter welchen Voraussetzungen die Anerkennung als „auf rechtsgültige Weise" geschehen anzusehen sei. Früher verlangte Theorie [126]) und Praxis [127]) eine zweiseitige ausdrückliche Feststellung der nach Qualität und Quantität bestimmten Forderung; ein Plenarbeschluß des Obertribunals vom 3. December 1847 erachtet indeß im Interesse des Verkehrs auch eine einseitige schriftliche, vom Cessionar selbst nur stillschweigend acceptirte Erklärung des Cessus für genügend [128]). Niemals bezweifelt ist also der Punkt, daß eine einseitige stillschweigende Feststellung nicht ausreicht, um dieselbe Wirksamkeit zu entfalten, weshalb namentlich die bloße Mitunterschrift der Cessionsverhandlung dem Schuldner in dieser Beziehung nicht zu präjudiciren vermag [129]).

VI. Widerklagen aus der Person des Cedenten kann der Cessionar ablehnen; Widerklagen aus der eignen Person muß er übernehmen.

Der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar oder Quasicessionar verfolgt eine seinem Vermögen bereits einverleibte Forderung, §. 38.
während der procurator in rem suam, welcher direct im Namen des Cedenten klagt, ein zum Vermögen des Cedenten gehöriges Klagerecht geltend macht. Es ist daher ebenso gerecht wie billig, daß der Cessionar dort Widerklagen aus seiner eignen Person, nicht aber Widerklagen aus der Person des Cedenten, hier umgekehrt Widerklagen aus der Person des Cedenten, nicht aber Widerklagen aus seiner eignen Person zu übernehmen hat. In der That beschränkt dasjenige Edict, welches den Cessionar zur Uebernahme von Widerklagen aus der Person des Cedenten verpflichtet, diese Verpflichtung ausdrücklich auf die Voraussetzung eines agere alieno nomine [1]), während die Rechtsconsequenz, welche in nachstehendem Bruchstücke:

---

[126]) Bornemann, Syst. III, S. 91. Koch a. a. O. S. 191. — — [127]) Entscheidungen des Obertribunals v. 11. Nov. 1843, v. 27. Jan. 1844, v. 6. März 1846. Vergl. Koch, A. L. R. Note 42 u. 43 zu I, 11 §. 412. — — [128]) Entscheid. Bd. 16, S. 31 ff. Bd. 48, S. 63 ff. Herold im Arch. f. prakt. Rechtsw. VI, S. 455. Hirsemenzel, Ergänzungen I, S. 429 ff. Deutsche Ger. Zeit. V, Nr. 35, S. 143, Columne 2 a. E. — — [129]) Entscheid. des Obertrib. Bd. 11, S. 250 ff.

[1]) S. Th. II, S. 162 ff.

Ulpianus lib. 9 ad Edictum [2]).

In popularibus actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit, defensionem ut procurator praestare cogendus non est.

Ausdruck und Anwendung gefunden hat, nöthigt, den im eignen Namen klagenden Cessionar von der Pflicht zur Defension des Cedenten befreit zu erachten; denn bei Popularklagen als Klagen, welche zur Wahrung öffentlicher Interessen der Bürgerschaft in ihrer Vielheit von einzelnen Bürgern als solchen angestellt werden, ist die dem Procurator als solchem obliegende Defensionspflicht gerade deshalb ausgeschlossen, weil der einzelne Bürger nicht im fremden Namen als Vertreter der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Gemeinwesens, gegen welche die vom Bürger als Procurator zu übernehmende Widerklage allein gerichtet sein könnte, sondern als Vertreter seiner selbst im eignen Namen Klage erhebt [3]).

Eine besondere Anwendung dieser Consequenz auf den Cessionar ist uns schon in dem Satze begegnet, welcher den procurator in rem suam ex necessitate factus der Defensionspflicht enthebt, sofern unter dem procurator in rem suam ex necessitate factus der auf die utilis actio suo nomine beschränkte Quasicessionar zu verstehen ist [4]). Eine noch entschiedenere Bestätigung liefert aber nach berichtigter Leseart die diesem Satze als Erläuterung hinzugefügte Stelle, welche im Corpus juris folgendermaaßen lautet [5]):

Gajus lib. 3 ad Edictum provinciale.

Si quis in rem suam procuratorio nomine agit, veluti emtor hereditatis: an debeat invicem venditorem defendere? et placet, si bona fide et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium: non oportere eum invicem defendere.

In dieser Fassung steht die Stelle mit den in denselben Titel und zum Theil unmittelbar vorher aufgenommenen Aussprüchen Ulpian's und Scävola's [6]) im grellsten Widerspruche, ohne daß es dem größten Scharfsinn bisher gelungen ist, eine befriedigende Vermittelung zu finden. Backe [7]) und Sartorius [8]) versuchen freilich, die Stelle ausschließlich vom Erbschaftsverkaufe zu verstehen und den Erb-

---

[2]) l. 43 §. 2 D. de procur. (3. 3). Backe, l. l. p. 59. Sartorius a. a. O. S. 152 ff. — — [3]) S. Th. I, S. 52 ff. Genauer ausgeführt von Bruns in Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Th. 3, S. 370 ff. — — [4]) S. Th. II, S. 165 ff. — — [5]) l. 34 D. de procur. (3. 3). — — [6]) l. 33 §. 4, l. 70 D. de procur. (3. 3). — — [7]) loc. cit. pag. 97 sqq. pag. 109 sqq. — — [8]) a. a. O. S. 188 ff.

schaftsverkauf zu den Fällen der necessaria cessio zu rechnen, in welchen dem procurator in rem suam die Defensionspflicht ausnahmsweise erlassen sein soll, werden auch in dieser Erklärung scheinbar unterstützt durch die Basiliken, welche im Gesetzestexte allerdings bloß des Erbschaftsverkaufs erwähnen[9]) und in der Interpretation eine Hindeutung auf die Auffassung des Geschäfts als einer necessaria cessio fallen lassen[10]); allein die Erklärung ist deßungeachtet unhaltbar und bei genauerer Betrachtung selbst den Basiliken widersprechend. Es steht ihr nämlich entgegen zuvörderst, daß Gajus, welcher im Commentar zum Provinzialedicte das dritte Buch de procuratoribus[11]) und erst das zehnte Buch de hereditate vendita[12]) handeln läßt, demgemäß in unserem aus dem dritten Buche entlehnten Bruchstücke keineswegs vom Erbschaftsverkaufe ausschließlich, sondern umgekehrt auf das Bestimmteste von jedem Cessionar im Allgemeinen (Si quis) redet und des Erbschaftskäufers nur beispielsweise (veluti) erwähnt, namentlich auch das Wort „eum" am Schlusse der Stelle auf den im Anfange gebrauchten allgemeinen Ausdruck „quis" bezieht; sodann daß der in Folge eines Erbschaftsverkaufs durch wirkliches mandatum agendi aufgestellte procurator in rem suam unmöglich als procurator in rem suam ex necessitate factus angesehen werden kann, mag man die necessitas in der Person des Verkäufers oder in der Person des Käufers suchen und unter derselben eine necessitas juris oder eine necessitas rei familiaris denken; ja daß selbst, wenn dieses dennoch möglich sein sollte, das Ergebniß, den in rem suam procuratorio nomine klagenden Erbschaftskäufer von der defensio des Verkäufers zu entlasten, wegen des dem Erbschaftsverkäufer gegen den Erbschaftskäufer auf Uebernahme der defensio wider erbschaftliche Ansprüche (hereditariae actiones) sogar ex stipulatu oder ex vendito zustehenden Klagrechts[13]) sachlich absurd ist, wenn man an den zunächst liegenden Fall einer das ererbte und dem procurator in rem suam abgetretene Vermögen betreffenden Widerklage denkt und nicht mit Backe geneigt ist, durch willkürliche Restrictionen gerade für diesen Fall wieder von der aufgestellten Regel

---

9) Basil. VIII, 2 c. 34 (Heimb. I, p. 371). S. Th. II, S. 422 ff. — — 10) Interpret. Basilic. ad h. l. — — 11) cf. l. 9, l. 12, l. 21, l. 46, l. 48 D. de procur. (3. 3). — — 12) cf. l. 12, l. 15 D. de her. vel act. vend. (18. 4). — — 13) Schol. 5 a. E. Schol. 6 zu Basil. XI, 1 c. 63 (Heimb. I, p. 643). Gaj. II, 252. Theophil. II, 23 §. 3. l. 37 pr. D. de pecul. (15. 1), l. 3, l. 13 pr. D. ad SCt. Vellej. (16. 1), l. 42 §. 2 D. de procur. (3. 3), l. 2 §. 9 D. de her. vel act. (18. 4), cf. l. 95 D. de legat. III (32), l. 28 D. de donat. (39. 5), l. 41 D. de contrah. emt. (18. 1).

eine Ausnahme zu machen, die in den Worten Scävola's nicht den mindesten Anhalt findet. Was endlich die Basiliken betrifft, so heißt es in denselben:

> Ὁ ἀγοράσας κληρονομίαν καὶ ὡς ἐν πράγματι ἰδίῳ κινῶν οὐκ ἀνάγκην ἔχει διεκδικεῖν τὸν πράτην, εἰ μὴ πρὸς περιγραφὴν τῶν θελόντων αὐτῷ ἀντενάγειν ἠγόρασεν.

Die Worte ὡς ἐν ἰδίῳ πράγματι κινῶν übersetzt Heimbach zwar durch tanquam in rem suam egerit, weiset aber in der Note selbst schon auf die Zweifel hin, welche das Wörtchen ὡς gegen diese Uebersetzung rege macht. In der That zeigt dieses kleine Wort, daß das Original einen anderen Sinn haben muß, weil der procurator in rem suam nicht „gleichsam" (tanquam), sondern wirklich auf eigne Rechnung klagt. Bedenken wir nun, daß die Worte ἐν ἰδίῳ πράγματι κινεῖν an anderen Orten und zum Theil sogar in demselben Titel gebraucht sind [14]), um den Begriff des agere in propria causa gleichbedeutend mit agere proprio nomine auszudrücken, so werden wir keinen Anstand nehmen dürfen, denselben Sinn auch in unserem Bruchstücke mit jenen Worten zu verbinden und das ὡς auf die Fiction des Klagrechtseigenthums zu beziehen, welche der suo nomine anzustellenden utilis actio des Cessionars oder Quasicessionars zum Grunde liegt [15]). Die richtige Uebertragung des Basilikentextes würde also wörtlich folgendermaßen lauten:

> Si quis hereditatem emerit et tanquam in propria causa (oder proprio nomine) egerit, non cogitur venditorem defendere, nisi in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, emerit.

Bestätigt wird diese Uebersetzung durch die griechische Erklärung, welche den im Texte ausgedrückten Rechtssatz mit dürren Worten auf jeden Procurator zu eignem Vortheil erstreckt und gleich dem Urtexte

---

[14]) Basil. VIII, 2 c. 39 (Heimb. I, p. 375): *Οὐ μόνος ὁ ἀλλοτρίῳ ὀνόματι κινῶν δίδωσι τὴν ἀσφάλειαν, ἀλλ' ἔσθ' ὅτε καὶ ὁ ἐν πράγματι ἰδίῳ.* Die Interpret. ad h. l. giebt diesen Gegensatz, wie das lateinische Original (l. 39 §. 1 D. de procur. 3. 3), durch: *ὁ ἀλιενόμινε κινῶν τὴν ἀγωγήν* und *ἔσθ' ὅτι δὲ καὶ* suo nomine *κινῶν ἀγωγήν*, und die Scholie bemerkt zu den Worten: *ἐν πράγματι ἰδίῳ*] *Οὐ τὸν* in rem suam *λέγει ἐνταῦθα, ἀλλὰ τὸν ἀπὸ ὅρκου κύριον γενόμενον, ὥσπερ τῆς ἰμφάκτουμ ἀγωγῆς.* Basil. XXII, 5 c. 17 §. 3 (Heimb. II, p. 544). S. Th. II, S. 307 not. 68. —— [15]) Vergl. auch Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 13 §. 1 (Heimb. I, p. 583 sq.), woselbst mit Beziehung auf das utiliter agere proprio nomine vom procurator in rem suam gesagt wird: *μιμεῖται δεσπότην.*

des Erbschaftskäufers bloß beispielsweise (οἷον) erwähnt. Nur muß nachstehender Eingang richtig gedeutet werden[16]):

Ἐάν τις in rem suam γενόμενος προκουράτωρ κινῇ τὴν ἐντεῦθεν ἀγωγὴν, οἷον ὁ τῆς κληρονομίας ἀγοραστὴς γενόμενος in rem suam procurator παρὰ τοῦ πεπρακότος κ. τ. λ.

Alles kommt nämlich darauf an, was unter der Klage gemeint ist, die Jemandem daher zustehen soll, weil er zum procurator in rem suam ernannt worden ist. Auf den ersten Blick scheint es näher zu liegen, an die directa actio alieno nomine, als an die utilis actio suo nomine zu denken. Erwägt man indeß, daß das mandatum agendi dem procurator in rem suam außer dem widerruflichen Auftrage zur Anstellung einer fremden Klage unwiderruflich als eigne Klage nur die suo nomine anzustellende utilis actio verleihet, und daß, so lange actio nichts anderes bedeutet, als das jus judicio persequendi, quod sibi debetur[17]), nicht wohl jene wandelbare Vollmacht zur Einklagung fremden Rechts, sondern nur dieses festbegründete Durchführungsmittel eignen Rechts eine dem procurator in rem suam durch seine Bestellung erworbene Klage genannt werden kann, so überzeugt man sich bald, daß die Basilikenauslegung unter der ἐντεῦθεν ἀγωγή die utilis actio verstanden habe und insofern mit unserer Erklärung des Basilikentextes übereinstimme. Der Erbschaftskäufer ist unter dieser Voraussetzung als ein procurator in rem suam ex necessitate factus aus dem Grunde dargestellt, weil er durch fingirte Cession mit einer utilis actio suo nomine versehen ist[18]), was wieder mit unserer früheren Erklärung des procurator in rem suam ex necessitate factus im Einklange steht[19]).

Die Interpretation der Basiliken, wie der Text derselben, geben hiernach Ulpian's lateinischen Urtext so wieder, als ob geschrieben stände, nicht: Si quis in rem suam procuratorio nomine agat, sondern: Si quis in rem suam proprio nomine agat oder: Si quis in rem suam procurator proprio (oder suo) nomine agat. Dadurch geleitet, hat eine Reihe der namhaftesten Juristen[20])

---

[16]) Interpret. ad Basil. VIII, 2 c. 34 (Heimb. I, p. 371): Si quis in rem suam factus procurator actionem inde sibi competentem instituat, veluti emtor hereditatis factus in rem suam procurator a venditore cett. — — [17]) l. 51 D. de O. et A. (44. 7), pr. J. de act. (4. 6). — — [18]) S. Th. I, S. 195 ff. — — [19]) S. Th. II, S. 165 ff. — — [20]) A. Faber, Conject. VII, 10. Reinold, var. ad jus civ. pertin. c. 18, p. 153. Noodt, ad tit. Dig. de procur. (opp. II, p. 71). Schulting, enarr. p. 1 Dig. de procur. §. 14. Glück, Comment. Bd. 5, S. 277 not. 85.

längst angenommen, daß Ulpian's lateinischer Text verdorben sei und zur Ueberwindung aller innerlichen und äußerlichen Hindernisse nichts übrig bleibe, als auf Grund der Basiliken den Worten: procuratorio nomine als richtige Leseart die Worte: proprio nomine zu substituiren [21]). Ich trage nicht das geringste Bedenken, dieser auch sachlich allein befriedigenden Ansicht mich anzuschließen und Ulpian's Bruchstück so zu übersetzen:

„Wenn Jemand als in rem suam procurator im eignen Namen klagt, z. B. der Käufer einer Erbschaft, so fragt sich, ob er umgekehrt den Verkäufer vertheidigen müsse? Die Meinung der Juristen geht dahin: wenn gutgläubig und nicht zur Benachtheiligung derer, welche Widerklagen anstellen wollen, das Geschäft geschlossen worden, so sei er nicht verpflichtet, umgekehrt die Vertheidigung zu übernehmen."

Nach dieser Uebersetzung spricht Gajus von dem utiliter agere suo nomine, während Ulpian und Scävola die Folgen des directe agere alieno nomine erörtern, daher mit Gajus nicht im Widerspruche stehen. Gajus, obgleich er die Pflicht, den Cedenten zu vertheidigen, nicht bloß für den nur beispielsweise angeführten Erbschaftskäufer, sondern für jeden utiliter im eignen Namen klagenden procurator in rem suam verneint, folgt dabei der Natur des Verhältnisses nicht weniger, als Ulpian und Scävola, welche umgekehrt für den direct im Namen des Cedenten streitenden procurator in rem suam die Defensionspflicht bejahen; denn hier wird ein zum Vermögen des Cedenten, dort ein zum Vermögen des Cessionars gehöriges Forderungsrecht klagbar gemacht. Gajus läßt überdies die ebenso natürliche, als zum Schutze des Schuldners unerläßliche Ausnahme zu, daß selbst der utiliter im eignen Namen klagende Cessionar dann den Cedenten gegen Widerklagen vertheidigen müsse, wenn das zur utilis actio suo nomine berechtigende Geschäft (negotium) böslich zur Benachtheilung des Schuldners, um ihn seines Widerklagerechts zu berauben, geschlossen sei. Die exceptio doli ist nämlich wieder das Mittel, den Schuldner gegen den böslich utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar in dieselbe Lage zu versetzen, als wenn er mit einer direct im Namen des Cedenten angestellten Klage wäre angegriffen worden, indem der bösliche Cessionar Klagabweisung zu gewärtigen hat, wenn er die defensio des Cedenten nicht übernimmt;

---

21) Eine gleiche Verwechselung der Worte procuratorio und proprio findet sich nach Handschriften in l. 10 §. 12 D. mand. (17. 1). cf. Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 2, S. 391 f.

ein Erfolg, dessen insbesondere auch nachstehende Basilikeninterpretation gedenkt[22]):

Εἰρήκαμεν, ὅτι ἀλιενόμινε κινῶν ἀγωγὴν ὀφείλει δεφενδεύειν τὸν πρωτότυπον· τίς δὲ ἡ ἐξ ἀπειθείας πόενα, καιρός ἐστιν εἰπεῖν· ἡ τοῦ μὴ δεφενδεύοντος πόενα αὕτη ἐστίν, ἵνα ἀρνηθῇ αὐτῷ ἀγωγή, τουτέστι προκουράτωρ, εἰ μὴ ἀνέχεται δεφενδεῦσαι τὸν ἐντειλάμενον, ἤτοι τὰ τῆς δεφενσίονος ἱκανὰ παρασχεῖν, ἀρνεῖται αὐτῷ ἀγωγή, καὶ οὐ δύναται κινεῖν ὀνόματι αὐτοῦ τὴν ἐνταλθεῖσαν αὐτῷ ἀγωγήν.

Denn wenn Demjenigen, welcher im fremden Namen klagt und die defensio des Principals gegen Widerklagen oder die Leistung einer satisdatio super excipienda lite[23]) verweigert, die Vorklage zur Strafe versagt wird, so daß er auch nicht einmal mehr **im eignen Namen** die ihm aufgetragene Klage anzustellen befugt ist: so kann sich dieser Schluß nur auf den procurator in rem suam beziehen, welcher erst direct im Namen des Cedenten zu klagen versucht, darauf, als ihm Widerklagen aus der Person des Cedenten entgegengesetzt werden, die Klagform wechselt und, um sich der Defensionspflicht zu entziehen, die utilis actio suo nomine anstellt, mit dieser Klage aber auf die exceptio doli stößt und zurückgewiesen wird, weil er offenbar nur in fraudem eorum, qui invicem agere volunt, im eignen Namen vor Gericht auftritt.

Auch die hier zum Grunde liegende Voraussetzung, daß der procurator in rem suam, wenn er bona fide im eignen Namen geklagt hätte, von der defensio des Cedenten befreit gewesen wäre, trägt dazu bei, unsere Conjectur über die Veränderung des Gaji'schen Bruchstücks zu unterstützen. Vollends außer Zweifel gesetzt wird dieselbe aber durch eine Basilikenscholie, welche geradezu den procurator in rem suam, je nachdem er procuratorio oder suo nomine klagt, Widerklagen aus der Person des Cedenten oder aus seiner eignen Person zu übernehmen verpflichtet. Die Worte dieses wichtigen Zeugnisses lauten mit Bezug auf den procurator in rem suam dahin[24]):

---

22) Interpret. zu Basil. VIII, 2 c. 43 §. 4 (Heimb. I, p. 385): Diximus eum, qui alieno nomine actionem instituit, principalem defendere oportere. Tempus est, ut dicamus, quae contumaciae poena sit. Poena non defendentis haec est, ut ei denegetur actio, hoc est, procuratori, si mandantem defendere recuset, aut de defensione satisdare nolit, actio denegatur, nec nomine suo mandatam sibi actionem movet. — — 23) S. Th. II, S. 158 ff. — — 24) Schol. 1 zu Basil. XI, 1 c. 13 §. 1 (Heimb. I, p. 583 sq.): Scias enim, eum non in omnibus domino similem esse. Nam discis titulo sequenti de procuratoribus dig. 33 etiam a pro-

ἴσθι γὰρ, ὅτι οὐ κατὰ πάντα μιμεῖται δεσπότην· μανθάνεις γὰρ ἐν τῷ ἑξῆς τίτλῳ δὲ προκουρατορίβους διγ. λγ΄. ὅτι καὶ ὁ ἰν ῥὲμ σοῦαμ ὡς πᾶς προκουράτωρ ἀπαιτεῖται τὴν ἰουδικάτουμ σόλουι, ἐν ᾧ δηλονότι προκουρατώριο νόμινε ἐνάγεται· εἰ γὰρ σοῦο νόμινε (μανθάνεις γὰρ ἐν τῷ ιθ΄. διγ. τοῦ παρόντος τίτλου καὶ ἐν τῷ ἑξῆς βιβ. τιτ. δὲ προκουρατορίβους διγ. νέ· ὅτι ἐπὶ τὸν ἰν ῥὲμ σοῦαμ προκουράτωρα μεταφέρονται οὐτιλίως αἱ ἀγωγαί), εἰ τοίνυν σοῦο νόμινε κέχρηται ταῖς οὐτιλίαις καὶ ἐνάγεται, τότε ὡς πᾶς σοῦο νόμινε δικαζόμενος οὐκ ἀνάγκην ἔχει, τὴν ἰουδικάτουμ σόλουι διδόναι· ὅτι γὰρ οὐδεὶς ἐναγόμενος σοῦο νόμινε δίδωσι τὴν ἰουδικάτουμ σόλουι, ἔγνως ἐν τῷ ιβ΄. τιτ. τῆς δ΄. τῶν ἰνστιτούτων· ὑπέξελέ μοι τὸ θεμ. τὸ εἰρημένον τῷ Οὐλπιανῷ ἐν τῷ παρόντι βιβ. τιτ. η΄. πρὸς τὸ τέλος τοῦ ζ΄. διγ. ἤτοι βιβ. ζ΄. τιτ. ιδ΄.

Der nach l. 33 §. 5 D. de procur. (3. 3) wie jeder andere Procurator (also procuratorio nomine) klagende procurator in rem suam soll zur defensio des dominus und zu der damit in Verbindung stehenden satisdatio judicatum solvi verpflichtet sein, sofern er procuratorio nomine, d. h. im Namen des Cedenten, widerbeklagt wird. Klagt er dagegen suo nomine vermittelst der utilis actio, welche ihm in l. 16 pr. D. de pact. 2. 14. (nicht in l. 19 D. eod., wie die Scholie unrichtig citirt) auf Grund einer fingirten und in l. 55 D. de procur. 3. 3. auf Grund einer wirklichen Cession gegeben ist, und wird er daher suo nomine widerbeklagt, so ist er nicht gehalten, judicatum solvi zu caviren[25]), weil Niemand, welcher suo nomine beklagt wird, eine solche Caution zu leisten schuldig ist (§. 2 J. de satisdat. 4. 11, wofür die Scholie 4. 12 citirt), den einzigen Fall des Verdachts der Vermögensunzulänglichkeit ausgenommen, welchen Ulpian in l. 7 §. 2 D. qui satisdare cogantur (2. 8) erwähnt.

Der Gegensatz, in welchem hier der direct procuratorio nomine

---

curatore in rem suam ut a quovis procuratore judicatum solvi cautionem exigi, quum scilicet procuratorio nomine conveniatur. Nam si suo nomine (discis enim dig. 19 hujus tituli et libro sequenti tit. de procuratoribus dig. 55 in procuratorem in rem suam utiliter actiones transferri), si igitur suo nomine utilibus utitur et convenitur, tunc ut quilibet, qui suo nomine litigat, judicatum solvi satisdare necesse non habet. Neminem enim, qui suo nomine conveniatur, judicatum solvi satisdare cognoscis tit. 12 lib. 4 Institutionum. Excipias casum ab Ulpiano memoratum hujus libri tit. 8 circa finem dig. 7 sive lib. 7 tit. 14. — — [25]) l. 18 D. de interrog. in jure (11. 1).

und der vermöge wirklicher oder fingirter Cession utiliter suo nomine klagende procurator in rem suam gestellt ist, und die danach eintretende Verschiedenheit, daß der procuratorio nomine klagende Cessionar mit Leistung der satisdatio judicatum solvi die procuratorio nomine, hingegen der suo nomine klagende Cessionar ohne Leistung solcher satisdatio die suo nomine ihn ergreifenden Widerklagen aufzunehmen genöthigt sein soll, bestätigt alles, was wir bisher über die Defensionspflicht des procurator in rem suam gesagt haben, und hebt auch das letzte Bedenken gegen die Beseitigung des von der gesunderen Praxis längst über Bord geworfenen Irrthums, als ob der heut zu Tage stets im eignen Namen klagende Cessionar den Cedenten gegen Widerklagen zu vertheidigen habe. Hervorzuheben ist nur noch die Folgerichtigkeit, theils daß der Gerichtsstand der Widerklage gegen den utiliter im eignen Namen klagenden Cessionar sofort[26], gegen den direct in des Cedenten Namen streitenden procurator in rem suam erst nach der litiscontestatio begründet ist[27], weil der Kläger dort sofort, hier erst nach der litiscontestatio als dominus litis sich geberdet, theils daß derjenige, welcher im eignen Namen beklagt wird, auch befugt sein muß, die ihm als Cessionar gegen den Kläger im eignen Namen zustehende utilis actio seinerseits in Form der Widerklage geltend zu machen[28].

Sechstes Kapitel.

Heutiges Recht.

Das heutige Recht beschränkt den Cessionar auf eine einzige Klagform[1], und darin liegt wohl der Hauptgrund, weshalb diejenigen Schriftsteller, welche dem Cessionar auch nach römischem Rechte die Möglichkeit bestreiten, die cedirte Forderung in doppelter Form zu verfolgen, in neuerer Zeit überall so viel unverdienten Beifall geerntet haben. §. 39.

Die einzige im heutigen Recht dem Cessionar verbliebene Klagform ist aber nicht das römische directe agere alieno nomine, sondern das utiliter agere proprio nomine[2]; und diese Wahrheit in

---

26) l. 22 D. de judic. (5. 1), l. 1 §. 5 D. de extraordin. cognit. (50. 13), l. 14 C. de sent. et interloc. (7. 45). — — 27) l. 18 pr. D. de compens. (16. 1). S. Th. II, S. 167 ff. — — 28) Schmid, Handb. Bd. 2, S. 69.

1) Böhmer, exercitt. ad Pand. II, 28 c. 1 §. 22. c. 2 §. 4. Mühlenbr., Ceff. §. 16. Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. — — 2) Bethmann-Hollweg, Vers. S. 129. Bolgiano in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 18, S. 194 Nr. II. S. 195 ff. zu Nr. II. Unger, Inhaberpap. S. 29 not. 2. v. Kreittmayr,

voller Klarheit erkannt zu haben, bildet das große Verdienst, welches Bähr [3]) und — freilich weniger entschieden — auch Windscheid [4]) um unsere Lehre sich erworben hat, sowie gerade das Gegentheil den hauptsächlichsten Vorwurf begründet, welcher vom praktischen Standpunkte aus der verbreiteten Lehre Mühlenbruch's mit ihren von Puchta besonders scharf gezogenen Consequenzen gemacht werden muß [5]).

Der Beweis obiger Sätze ist leicht zu führen. Man beachte nur einerseits, daß die heutige Praxis dem Cessionar nirgends zwischen zwei verschieden sich gestaltenden Rechtsverhältnissen die Wahl läßt, sondern demselben unter allen Umständen nur eine und dieselbe Stellung anweiset [6]), andererseits, daß diese Stellung auf das entschiedenste, wie schon im älteren deutschen Rechte [7]), sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend auf einen Gläubigerwechsel [8]), auf eine Singularsuccession [9]), auf eine Art von Eigenthumserwerb des Cessionars an dem cedirten Forderungsrechte zurückgeführt wird [10]), und demgemäß frei ist von allen denjenigen Beschränkungen, welchen das directe agere alieno nomine bei den Römern unterlag. Oder bezweifelt wohl Jemand, daß das Klagerecht sofort nach der Cession dem Cessionar im eignen Namen zusteht [11]) und zuzustehen fortfährt, obgleich vor der Litiscontestation der Cedent oder der Cessionar das Zeitliche gesegnet oder der Cedent die Cession widerrufen hat? daß daher weder vom Cedenten

---

zum Baiersch. Landr. Th. II, S. 530 f. — — [3]) Jahrb. f. Dogmat. I, Nr. VIII. — — [4]) Actio des röm. Rechts S. 120 ff. — — [5]) Mühlenbr., Ceff. §. 16, S. 177 ff. 181 ff. Puchta im Rechtslex. Bd. 2, S. 636. Pand. §. 280. Vorlesungen dazu. Heyse u. Cropp, Abhandl. Th. 2, S. 362 f. not. 33. Francke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 16, S. 417 f. u. Comment. zum Pandectent. de her. pet. S. 397 ff. — — [6]) Mühlenbr., Ceff. S. 177 f. — — [7]) Zeitschr. f. Rechtsgesch. IV, S. 159 ff. — A. M. Kuntze, Wechselr. S. 313 ff. — — [8]) Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 324. Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. v. Kreittmayr, Th. II, S. 529 ff. — — [9]) Seuffert, Arch. XI, Nr. 227. XIII, Nr. 246. Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen Th. 1, S. 12 f. — — [10]) Seuffert, Prakt. Pand. R. II, §. 297 (Aufl. 2). Pfeifer, prakt. Ausf. I, S. 43. Roßhirt, Zeitschr. V, S. 41. Bähr a. a. O. S. 485 f. 493. VI, S. 147 not. 14. Sartorius, Widerklage S. 172. 178. Koch, Uebergang der Forderungsr. S. 35 ff. 143 f. Lehmann, Mobilisirung des Hypothekenbriefs S. 12. Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprud. III, S. 84. Oesterr. G. B. §. 1424. 1392. Preuß. Landr. II, 31 §. 376. 377. 393. 431. Entscheid. des Obertrib. Bd. 48, S. 62 f. Hirsemenzel, Ergänz. S. 422 f. Mecklenburg. Constitut. v. 30. Jan. 1810 bei Mühlenbr., Ceff. §. 49, S. 505 not. 20. Ges. B. f. Sachsen §. 980. 989. 995. 996. Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. Entw. eines b. G. B. f. Baiern Art. 145, Motive S. 98. Seuffert, Arch. XI, Nr. 227. XIII, Nr. 246 a. E. Würtemberg. Arch. III, 2 S. 399. Schletter, Jahrb. VII, S. 107 Nr. 84. — — [11]) Schilter, exercitt. ad Pand. XXX, §. 64. Koch a. a. O. S. 200. Unger, Inhaberpap. S. 29 not. 2. S. 32 not. 5. S. 33.

dem Cessionar, noch vom Cessionar dem Cessus für die Zustimmung des Cedenten zur litiscontestatio des Cessionars, sondern höchstens vom Cedenten dem Cessionar für die Vertretung des Cessionars gegen den Cessus, und vom Cessionar dem Cessus für die Vertretung des Cessus gegen den Cedenten Caution zu leisten ist? daß die Cession auch an Personen geschehen kann, welche für Andere und selbst für sich vor Gericht aufzutreten außer Stande sind? daß bedingte, betagte oder sonst wegen Rechtshängigkeit, wegen mangelnder condemnatio u. s. w. zu processualischer Delegation untaugliche Forderungen — von positiven Verboten z. B. der cessio actionis litigiosae abgesehen — nicht weniger, als unbedingte, unbetagte, gerichtlich nicht anhängige, auf eine wirkliche Verurtheilung angelegte Klagerechte vollkommen geeignete Gegenstände der Cession abgeben [12])? daß die Cession, weil sie das cedirte Klagerecht schon vor der Litiscontestation in das Vermögen des Cessionars überträgt [13]), auch den Cessionar sofort berechtigt, Zahlung anzunehmen, die Forderung mit eignen Schulden zu compensiren [14]), über dieselbe durch Nachlaßverträge, Vergleiche, Novationen u. s. w. zu verfügen, dieselbe weiter zu cediren und zu verpfänden oder durch Procuratoren auf eigne Rechnung einklagen zu lassen [15])? daß nicht das Interesse des Cedenten, sondern stets das eigne Interesse des Cessionars Gegenstand und Maß der Verurtheilung ist [16]) und der Cessionar deshalb durch nichts abgehalten wird, unter den sonstigen Voraussetzungen den Schätzungseid zu schwören? daß der Cessionar von persönlichen Privilegien des Cedenten, z. B. von Zinsenprivilegien des cedirenden Fiscus, nach der Cession keinen Nutzen mehr ziehen darf [17]), dafür aber auch aus der Person des Cedenten denjenigen Einreden, welche erst nach der dem Cessus bekannt gemachten Cession entstanden sind, nicht zu fürchten hat [18]), hingegen Einreden aus der eignen Person ohne Unterschied unterworfen ist [19])? endlich daß der Cessionar Wi-

---

12) A. D. H. G. B. Art. 896. Oesterr. G. B. §. 1393. B. G. B. f. Sachsen §. 991. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 325. — — 13) Schilter, exercitt. ad Pand. XXX, §. 64. Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. Entw. d. G. B. f. Baiern Art. 155. Bähr a. a. O. S. 414 ff. Mecklenb. Constit. v. 30. Jan. 1810 bei Mühlenbr., Ceff. S. 505 not. 20. Bluntschli, deutsch. Privatr. §. 110 Nr. 2. Entw. e. deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 328. — — 14) Seuffert, Arch. II, Nr. 117. X, Nr. 2. XI, Nr. 105. — — 15) B. G. B. f. Sachsen §. 995. v. Kreittmayr, zum Baiersch. Landr. Th. 2, S. 530 f. — — 16) Seuffert, Arch. XIV, Nr. 23. Nicht entgegen ist A. D. H. G. B. Art. 904. 905. — — 17) B. G. B. f. Sachsen §. 996. — — 18) A. D. H. G. B. Art. 471. 904. 905. B. G. B. f. Sachsen §. 1002. Oesterr. G. B. §. 1395. 1396. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 339. — — 19) A. D. H. G. B. Art. 904. 905.

derklagen aus der Person des Cedenten ablehnen darf, Widerklagen aus der eignen Person aber auch am Gericht der Vorklage als dem Gerichtsstande der Widerklage, schon bevor in der Vorklage lis contestirt worden, übernehmen muß [20]?

Der letzte Punkt ist freilich in der früheren Zeit nicht so völlig unbestritten gewesen als die übrigen Sätze, weil die Ueberwindung der scheinbar entgegenstehenden Pandectenstellen besondere Schwierigkeiten verursachte [21]; allein nichtsdestoweniger hat das instinctive Rechtsgefühl der neueren Praxis sich dergestalt Bahn gebrochen, daß die Nichtverpflichtung des Cessionars, den Cedenten, und die Verpflichtung des Cessionars, sich selbst gegen Widerklagen zu vertheidigen, im heutigen Rechte als feststehend betrachtet werden darf [22].

Möchte man sich nun hiernach wohl noch berechtigt erachten, bei der Anwendung der römischen Cessionslehre irgendwie den Grundsätzen des directe agere alieno nomine zu folgen? Ich antworte dreist mit Horaz [23]:

Sensus moresque repugnant,
Atque ipsa utilitas, justi prope mater et aequi.

Ist aber heute wirklich das utiliter agere proprio nomine die alleinige Form, in welcher der Cessionar das cedirte Klagerecht geltend macht, so erklärt sich daraus von selbst, wie das heutige Recht von den Vorschriften des römischen in den zwei Punkten abweichen konnte oder mußte, daß es

I. die Form des Klagauftrags als Erforderniß der Klagrechtsübertragung fallen ließ, und

II. denjenigen Bestimmungen die Anwendbarkeit versagte, welche

---

20) So auch nach französ. Rechte. Arch. merkw. Rechtsfälle und Entscheid. der Rheinhessischen Gerichte (Mainzer Arch.) I, S. 159. — — 21) Sartorius, Widerklage S. 182 ff. Backe, interprett. jur. Rom. c. III. Daraus ist auch die mit der Preuß. A. G. O. I, 19 §. 7. 8. 19 übereinstimmende Meinung Puchta's (im Rechtslexic. Bd. 2, S. 663) zu erklären, daß sich der Cessionar auf Gegenforderungen aus der Person des Cedenten zwar insoweit, aber zu keinem höheren Betrage einlassen müsse, als die Gegenforderungen gegen seine Forderung compensirt werden könnten. Koch a. a. O. S. 199 f. — — 22) Lauk im Arch. f. civ. Pr. Bd. 12, S. 80. Heimbach im Rechtslexic. Bd. 14, S. 599 f. v. Holzschuher, Casuistik Th. II, S. 133. Th. 3, S. 256 f. Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 2, S. 321 ff. Zeitschr. f. Braunschw. Rechtspfl. Bd. 7, S. 117 ff. Thöl, Entscheidungsgr. Nr. 122. Seuffert, Arch. V, Nr. 234. XII, Nr. 146. Preuß. G. O. I, 19 §. 19. Arch. f. civ. Pr. Bd. 35, S. 260. — — 23) Satyr. I, 3.

die zwischen dem directe agere alieno nomine und dem utiliter agere proprio nomine schwebende Unentschiedenheit betreffen.

Zu I. Der Klagauftrag (mandatum agendi), welcher durch den eigenthümlichen Gang der Rechtsentwickelung bei den Römern nicht bloß für das directe agere alieno nomine, sondern auch für das utiliter agere proprio nomine die Vorbedingung bildete und selbst noch in Deutschland vom älteren Gerichtsgebrauche festgehalten zu sein scheint[24]), ist im Laufe der Zeit abgekommen, weil der Gedanke der Vertretung sich völlig zurückzog vor dem Gedanken der Succession[25]), diesem Gedanken aber die Form des Mandats an sich fremd war. Es ist mithin durchaus natürlich, daß nach heutigem Rechte, um das ursprüngliche Klagerecht eines Gläubigers als dessen Singularnachfolger utiliter im eignen Namen geltend zu machen, nicht mehr und nicht weniger erfordert wird, als der durch Worte oder Handlungen erklärte Wille des zeitherigen Gläubigers, sein Klagerecht auf den Cessionar zu übertragen[26]); nicht mehr, weil dem Cessionar die Erlaubniß, die Forderung als ein dem Cedenten verbliebenes Recht vor Gericht im Namen desselben zu eignem Besten geltend zu machen, nicht zugleich hat ertheilt werden sollen; nicht weniger, weil nicht bloß die Theorie nach dem allgemeinen Grundsatze: Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest[27]), auch hier nöthigt, zwischen der Verpflichtung, zu cediren, und der Cession, als Erfüllung dieser Verpflichtung, streng zu unterscheiden[28]), sondern auch

---

24) S. v. Bocksdorf's Gerichtsformeln aus der Mitte des 15. Jahrh. I, 2 §. 3 in Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 1, S. 420. — — 25) Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. Preuß. Landr. I, 11 §. 376 f. 402 ff. Oesterr. G. B. §. 1392. 1395. B. G. B. f. Sachsen §. 980. 989. 995. 996. Code Napol. art. 1689. Bluntschli, deutsch. Privatr. II, S. 3. Delbrück, Uebernahme fremder Schulden S. 3. Francke in Schering's Arch. I, S. 298 ff. Koch, Uebergang der Forderungsr. S. 31. 170. Unger, Syst. des Oesterr. Pr. R. II, S. 20. Lehmann, Mobilisirung des Hypothekenscheins S. 12. Entscheid. des Trib. zu Celle I, Nr. 56. Seuffert, Arch. VII, Nr. 301. Bähr a. a. O. S. 413 f. — — 26) Mühlenbr., Ceff. S. 187 f. 199 ff. 453 ff. Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. Preuß. Landr. I, 11 §. 393. Oesterr. G. B. §. 1392. B. G. B. f. Sachsen §. 989. Seuffert, Arch. XI, Nr. 81. Blume, Syst. des in Deutschland geltenden Privatr. S. 216. Schliemann, Haftung des Cedenten S. 18. Koch a. a. O. S. 131. Arndt's Pand. §. 255. Ueber das Indossament als Cessionsform Seuffert, Arch. III, Nr. 44. XI, Nr. 81. — — 27) l. 11 D. de reg. jur. (50. 17). Seuffert, Arch. XIV, Nr. 92. — — 28) l. 3 pr. D. de O. et A. (44. 7). Preuß. Landr. I, 11 §. 376. 377. 393. Koch a. a. O. S. 35 ff. 132 ff. 137. Entscheid. des Obertrib. Bd. 48, S. 62 f. Bähr a. a. O. S. 397, insbesondere Note 43. Mühlenbr., Ceff. S. 200. Arndt's Pand. §. 255 Anm. 2. — Der Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 324 und 328 läßt diese Unterscheidung vermissen.

das Verkehrsleben, namentlich in der Handelswelt, auf die Möglichkeit eines vom Cessionspflichtigen an der Forderung auszuübenden Retentionsrechts zu viel Gewicht legt, um dem Irrthume, daß nicht nur in den besonderen Ausnahmefällen des römischen Rechts [29]), sondern stets mit der Pflicht zur Cession die Fiction der Cession verbunden sei, nicht mit immer größerem Erfolge entgegenzutreten [30]).

Als Folgen dieser Aenderung sind unter anderen hervorzuheben, nicht zwar, daß bei einer verbrieften Forderung schon der Besitz des Schuldscheins auf eine stattgehabte Cession schließen lasse, was heute so wenig als bei den Römern [31]) Rechtens ist [32]), wohl aber, daß die heutige Praxis nach Anleitung des canonischen Rechts [33]) mit ebenso wenig Anstand bei der Cession, als bei jeder anderen Art von Veräußerung eine directe Vertretung des Veräußerers zuläßt [34]), z. B. dieselbe Gültigkeit der vom Mandatar des volljährigen oder vom Vormunde des minderjährigen Gläubigers geschehenen Cession zuschreibt, als wenn die letztere vom volljährigen, oder unter Vollwort beziehungsweise Zustimmung des Vormunds vom minderjährigen Gläubiger in Person vollzogen wäre; auch die Wirkung, das Eigenthum der verpfändeten Forderung auf den Käufer zu übertragen, nicht weniger dem vom Forderungspfandgläubiger zu seiner Befriedigung unternommenen Verkaufe der verpfändeten Forderung beimißt [35]), als dem vom Verpfänder selbst vollzogenen Handel; daß es nach heutigem Recht weniger Bedenken hat, als nach reinrömischem, bei geschenkten Forderungen das Recht auf deren Einklagung mit Perfection der Schenkung sofort auf den Beschenkten als Cessionar übergegangen anzusehen [36]); daß aus denselben Gründen, aus denen die Römer bei einer societas

---

29) S. Th. I, S. 194 ff. — — 30) A. D. H. G. B. Art. 360. 368. 374. B. G. B. f. Sachsen §. 989. Seuffert, Arch. X, S. 210. XI, Nr. 81. XIV, Nr. 92. XV, Nr. 21. Neues Arch. f. Handelsr. Bd. 1, S. 109 ff. Arndt's Pand. §. 255 not. 3. Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. Bd. 1, S. 35 ff. 148 ff. Arch. f. Theorie u. Praxis des A. D. Handelsr. Bd. 2, S. 101 ff. — — 31) S. Th. II, S. 269 not. 36. — — 32) Mühlenbr., Ceff. S. 547 f. Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. Preuß. Landr. I, 13 §. 129. Koch a. a. O. S. 135. Ausnahmen machen natürlich Inhaberpapiere; auch in blanco girirte Wechsel. Borchardt, A. D. W. O. ꝛc. S. 95 not. 137. S. 98. — — 33) c. 68, c. 72 in VIto de reg. jur. (5. 12). — — 34) Mühlenbr., Ceff. §. 41. B. G. B. für Sachsen §. 103. 812. 989. — — 35) Die neuere Theorie und Praxis bezweifelt dieses so wenig, daß sie sogar bisher übersah, wie es nach römischen Rechtsgrundsätzen anders sein mußte und wirklich anders war. S. Th. I, S. 245 ff. Vergl. Festgabe zur Feier der XXII. Versamml. deutscher Forst- u. Landwirthe S. 192. — — 36) Zeitschr. f. Braunschw. Rechtspfl. Bd. 10, S. 121. Schletter, Jahrb. Bd. 10, S. 6 Nr. 16.

omnium bonorum hinsichtlich der körperlichen Sachen annehmen, der Uebergang des Eigenthums zu dem betreffenden Antheile sei ohne Weiteres durch constitutum possessorium vor sich gegangen [37]), nach heutigem Rechte auch hinsichtlich der Forderungen angenommen werden darf, der Gläubiger zu dem betreffenden Antheile sei ohne Weiteres durch stillschweigende Uebertragung gewechselt [38]); endlich daß unter Umständen die von dem Gläubiger eines Dritten einem Schuldner desselben Dritten gegebene Erlaubniß, auf seine Schuld mit jener Forderung zu compensiren, als eine stillschweigende Ueberlassung der Forderung angesehen werden darf und als solche zur Rechtfertigung der Compensation ausreicht [39]), obgleich die römischen Rechtsbücher, weil das mandatum actionum entschiedenere Willenserklärungen voraussetzt und Stellvertretung ausschließt, wie in den übrigen, ebenso auch in diesem Punkte abweichender Ansicht sind [40]).

Die heut zu Tage in dem erklärten Willen der Forderungsübertragung bestehende Cession hat indeß außerdem noch insofern eine vom römischen mandatum agendi verschiedene Natur angenommen, als dieses des Hinzutritts einer causa bedurfte, um den ohne causa nur als procurator in rem alienam sich darstellenden Mandatar als einen direct im Namen des Cedenten oder utiliter im eignen Namen klagberechtigten procurator in rem suam zu qualificiren, die heutige Cession dagegen den Cessionar ohne Weiteres als einen zu eignem Besten klagberechtigten Singularsuccessor des Cedenten ausweiset, mithin über ihre rechtliche Bedeutung auch ohne Darlegung ihres Rechtsgrundes keinen Zweifel übrig läßt [41]). Fortgerissen von dem allgemeinen Streben der Gegenwart, den Verkehr mit Schuldforderungen zu erleichtern, folgt daher der jetzige Gerichtsgebrauch mit immer geringerem Bedenken der Ansicht, zur Activlegitimation des Cessionars bei Geldforderungen nur noch den Beweis der Cession, nicht mehr den Beweis der unterliegenden causa zu verlangen [42]).

---

37) l. 1 §. 1, l. 2 D. pro soc. (17. 2). — — 38) Bähr a. a. O. S. 377. — — 39) Bähr a. a. O. S. 377 not. 27. Vergl. indeß Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 18, S. 95 f. — — 40) S. Th. I, S. 4. l. 3 D. pro soc. (17. 2). S. Th. I, S. 31. l. 18 §. 1 D. de compens. (16. 2). S. Th. II, S. 300 ff. Th. I, S. 20 ff 217 ff. — — 41) Vergl. Voigt, über condictiones ob causam S. 114 a. E. Strempel, justa causa S. 45 ff. — — 42) Faber, Cod. definit. IV, 28 defin. 8. Bähr a. a. O. S. 396 f. B. G. B. f. Sachsen §. 1001. Zeitschr. f. Braunschw. Rechtspfl. Bd. 2, S. 69. Busch, Stimme der Praxis S. 236 ff. Seuffert, Arch. V, Nr. 150. VI, Nr. 241. X, Nr. 36. XI, Nr. 136. XIII, Nr. 18. 90. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverhältnisse Art. 336. Wunderlich, Jurispr. des O. A. G. Lübeck Bd. 1, S. 156. Ueber das Preuß. Landrecht s. Koch a. a. O. S. 138 f. Dieselbe Ansicht vertheidigt Mühlenbruch, Cession S. 603; freilich, wie es

Dabei ist freilich nicht zu leugnen, daß die Cession als Erwerbmodus, sofern eine Schenkung unter Ehegatten[43]), eine Schenkung über 500 solidi[44]), ein Kauf ohne Zahlung eines dem Nennwerthe der Forderung gleichkommenden Kaufgelds[45]) u. s. w. die causa bildet, ganz oder theilweise nichtig sein kann, ohne daß dieses der über die causa in Unkenntniß gelassene Cessus geltend zu machen im Stande ist. Allein man braucht nur anzuerkennen, daß der dem Cedenten nicht weniger als dem Cessionar zur Last fallende Irrthum des Cessus über die Person seines eigentlichen Gläubigers dem Cessus keinen Nachtheil bringen darf[46]), um auch dieses Bedenken beseitigt zu sehen; denn der Schuldner, welcher auf diese Weise gutgläubig dem Cessionar zahlte, was eigentlich dem Cedenten zu zahlen war, muß gegen die spätere directa actio des Cedenten durch exceptio doli geschützt sein, sobald er sich erbietet, die durch die Zahlung gegen den Cessionar erworbene condictio indebiti dem Cedenten abzutreten[47]). Unter dieser Voraussetzung drohet die Verschweigung des Cessionsgrundes bei Geldforderungen dem Schuldner auch im schlimmsten Falle keine Gefahr, weshalb es zulässig erscheint, der dadurch herbeizuführenden Beförderung des Verkehrs mit Schuldwerthen kein Hinderniß in den Weg zu legen. Unbedingt ist danach nur noch bei der fingirten Cession Angabe und Nachweis der causa erforderlich, d. h. Angabe und Nachweis derjenigen Thatumstände, welche ausnahmsweise die Befugniß ertheilen, auch ohne wirkliche Cession, wie wenn cedirt wäre, das direct für einen Anderen begründete Klagerecht als dessen Singularsuccessor utiliter im eignen Namen geltend zu machen.

Zu II. Sobald die Cession wirklich vollzogen ist, hat der Cessionar nach heutigem Rechte die utilis actio entschieden erworben, falls nur der Erwerb nicht durch Bedingungen in Schwebe gehalten wird, und selbst, falls der Erwerb durch Bedingungen in Schwebe ge-

---

scheint, im Widerspruch mit den von ihm S. 457 und S. 621 not. 181 gelieferten Ausführungen. — — [43]) l. 3 §. 10, l. 39 D. de don. int. V. et U. (24. 1). — — [44]) l. 25, l. 27, l. 34 C. de donat. (8. 54). — — [45]) S. Th. I, S. 34 ff. — — [46]) l. 155 pr. D. de reg. jur. (50. 17), l. 39 D. de don. i. V. et U. (24. 1). Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 6, S. 501 f. Nr. 14. Seuffert, Arch. XIII, Nr. 18. — — [47]) l. 39 D. de don. int. V. et U. (24. 1). Bähr a. a. O. S. 396 f. not. 46. — Das Obertrib. zu Stuttgart hat sogar — wenngleich meines Erachtens mit Unrecht, s. S. 268 ff. 408 f. — die dem Cessionar vom Schuldner entgegengesetzte Einrede, daß die der Cession zu Grunde liegende Schenkung über 500 solidi nichtig sei, als eine exceptio de jure tertii verworfen. Würtemb. Arch. III, 1 S. 145. Schletter, Jahrb. VII, S. 3 Nr. 16.

halten wird, ist sofort gewiß, daß der Cessionar nicht direct alieno nomine, sondern entweder utiliter proprio nomine oder gar nicht zu klagen berechtigt sein wird [48]). Unanwendbar sind also, wie schon nach römischem Rechte bei der fingirten Cession, so nach heutigem Rechte auch bei der wirklichen Cession sowohl diejenigen Vorschriften des römischen Rechts, welche das directe agere alieno nomine betreffen, als diejenigen Bestimmungen, welche sich darauf beziehen, daß die in dem mandatum agendi bestehende wirkliche Cession der Römer die Entstehung der utilis actio unentschieden ließ, so lange der Cessionar zwischen dem utiliter agere proprio nomine und dem directe agere alieno nomine zu wählen vermochte. Als wichtigste Folge der letzteren Neuerung ist hervorzuheben, daß nach heutigem Rechte jede Erklärung des Cessionars, nicht direct im fremden, sonder utiliter im eignen Namen klagen zu wollen, überflüssig ist. Die denunciatio als dahin gehende Willenserklärung des Cessionars, in welcher Eigenschaft sie namentlich in l. 3 C. de novat. et delegat. (8. 42) geschildert worden, hat mithin ihren Wirkungskreis verloren und wie schon nach römischem Rechte bei der fingirten Cession [49]), so nach heutigem Rechte auch bei der wirklichen Cession einer einfachen, nur der Unkunde des Cessus vorbeugenden Benachrichtung Platz gemacht, welche nicht nothwendig vom Cessionar zu geschehen braucht, sondern von Jedermann und insbesondere auch vom Cedenten ausgehen kann [50]), ja sogar überhaupt entbehrlich erscheint, wenn der Cessus an sich schon mit ausreichender Zuverlässigkeit vom Gläubigerwechsel unterrichtet ist [51]).

---

48) Schilter, exercitt. ad Pand. XXX, §. 64. Glück, Comment. Bd. 16, S. 457 not. 41 und die daselbst citirten Rechtslehrer. Preuß. Landr. I, 11 §. 393. Entw. d. G. B. für Baiern Art. 155. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 324 und 325. Seuffert, Arch. XIII, Nr. 246. — — 49) S. Th. II, S. 234. 242 ff. — — 50) Arndt's Pand. §. 256 not. 1. Keller, Pand. §. 281. Göschen, Vorles. II, §. 380 zu 1. Buchka, de pignore nominis p. 30. Glück, Comment. Bd. 16, S. 423 ff. und die daselbst, wie bei v. Holzschuher, Casuistik II, 2 S. 128 ff. Mathiae, Controversenlexic. I, S. 152, genannten älteren Praktiker. Dazu aus neuerer Zeit Blume, Syst. des in Deutschl. geltenden Privatr. S. 217. 219. Preuß. Landr. I, 11 §. 413—417. Oesterr. G. B. §. 1395. 1396. B. G. B. für Sachsen §. 999. Entw. d. G. B. für Baiern Art. 151. v. Holzschuher, Casuist. III, S. 255. Seuffert, Arch. III, Nr. 156. X, Nr. 97. XI, Nr. 32. XIII, Nr. 91. XV, Nr. 120, 1 u. 2. Mathiä, Controversenlexic. I, S. 152. Präjud. 1. 2. Schletter, Jahrb. IX, S. 6, Nr. 19. — Dagegen findet sich der alte Irrthum in Seuffert, Arch. VI, Nr. 25. XII, Nr. 338. XV, Nr. 120. 3. Schletter, Jahrb. IX, S. 6 Nr. 20. Code Napol. art. 1691. 1695. Koch a. a. O. S. 163 ff. — — 51) c. 31 in VIto de reg. jur. (5. 12). Oesterr. G. B. §. 1395. 1396. Glück, Comment. Bd. 16, S. 424 ff. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 335. 336. Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen Th. 1, S. 14 ff.

Der Schuldner ist also zwar heute noch der Verbindlichkeit ledig, um die Kenntniß der etwa stattgehabten Cession oder Quasicession sich zu bemühen [52]) und z. B., damit er die nach der Cession oder Quasicession dem Cedenten oder Quasicedenten geleistete Zahlung mit dem Erbieten zur Abtretung der condictio indebiti dem Cessionar oder Quasicessionar gegenüber zur Begründung der exceptio doli benutzen dürfe, seine Unkenntniß dem Cessionar oder Quasicessionar zu erweisen [53]); er ist aber allerdings verpflichtet, den Cessionar wie den Quasicessionar anstatt des zeitherigen Gläubigers als Herrn des Klagerechts anzuerkennen, sobald er auf irgend eine Weise vom Gläubigerwechsel so sichere Kenntniß erhalten hat, daß es ihm als dolus gegen den Cessionar oder Quasicessionar ausgelegt werden müßte, wenn er deßungeachtet fortfahren wollte, zum Nachtheil des Cessionars oder Quasicessionars den Cedenten oder Quasicedenten als Gläubiger zu behandeln [54]). Mit anderen Worten, die l. 17 D. de transact. (2. 15), welche bei den Römern das hinsichtlich der fingirten Cession geltende jus commune und nicht etwa nur ein auf die Uebertragung eines ganzen Vermögens beschränktes jus singulare enthält [55]), giebt bei uns auch hinsichtlich der wirklichen Cession die allein anwendbare Regel, wie Bähr nicht bloß im Allgemeinen, sondern überdies an einer Fülle von Einzelheiten treffend und ansprechend entwickelt hat [56]).

Aus der Pflicht des Schuldners folgt von selbst das Recht desselben, die Activlegitimation des Klägers zu beachten, weshalb es nicht als eine unzulässige exceptio de jure tertii zurückgewiesen werden darf, wenn der Schuldner mit Uebernahme des Beweises etwa dem Kläger einwirft, derselbe habe als Cedent das Forderungseigenthum durch Cession oder Quasicession an einen Anderen verloren [57]), oder derselbe stütze als Cessionar seine Klagberechtigung auf eine nichtige Cession [58]), z. B. auf die Cession eines Unmündigen, Wahnsinnigen, Interdicirten, auf die Abtretung infolge einer ungültigen Schenkung unter Ehegatten [59]) oder einer wegen unterbliebener gerichtlicher In-

---

[52]) arg. l. 19 D. de novat. (46. 2). — — [53]) c. 47 in VIto de reg. jur. (5. 12). v. Holzschuher, Casuist. III, S. 255. B. G. B. für Sachsen §. 999. — — [54]) Oesterr. G. B. §. 1395. 1396. Entw. b. G. B. für Baiern Art. 151. Bähr a. a. O. S. 488 f. — — [55]) S. Th. II, S. 244 ff. — — [56]) Jahrb. f. Dogmat. I, S. 423. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 335. 336. Nicht dagegen, vielmehr dafür lautet auch die Vorschrift im A. D. H. G. B. Art. 904. — — [57]) Bähr a. a. O. S. 414 f. Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. — A. M. ist Koch a. a. O. S. 163 not. 7a. — -- [58]) Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 336. 338. Seuffert, Arch. XI, Nr. 136. — — [59]) l. 5 C. de donat. int. V. et U. (5. 16).

finuation ungültigen Schenkung über 500 solidi [60]). Es wäre sonst ebenso zu halten, wenn der Schuldner dem Universalnachfolger des Gläubigers mit Uebernahme des Beweises, daß derselbe als Fiduciar durch Restitution der Erbschaft an einen Erbschaftsfideicommissar des Klagrechts verlustig geworden sei, oder als Fideicommissar auf eine wegen Nichtigkeit des Testaments selbst nichtige Restitution des Erben fuße, die Activlegitimation bestritte [61]), was schwerlich Jemand vertheidigen möchte [62]).

Sonstige Aenderungen hat das heutige Recht an den vom römischen Rechte über das utiliter agere proprio nomine aufgestellten Grundsätzen nicht vorgenommen. In jeder anderen Beziehung ist also das römische Recht als nicht auf positiver Vorschrift, sondern auf der Natur der Sache beruhend, noch heute anwendbar. Insbesondere ist es nichts weniger als ein „moderner Mumiencultus" [63]), fortwährend neben der utilis actio des Cessionars die directa actio des Cedenten als zwar ope exceptionis in ihrer ursprünglichen Wirksamkeit gehemmt, aber doch als an sich bestehend und einfach durch Beseitigung des Hemmnisses zur ursprünglichen Wirksamkeit zurückführbar anzusehen. Denn wenngleich die directa actio des Cedenten zur utilis actio des Cessionars in einem ähnlichen Verhältniß steht, wie nach Vorjustinianeischem Recht das quiritarische Eigenthum zum bonitarischen, so gewährt doch auch das Justinianeische und selbst das unbestritten noch heute geltende Recht ebenso treffende, wenn nicht gar treffendere Analogien, z. B. in dem Verhältniß des Civilerben zum prätorischen bonorum possessor, des Erbschaftsfiduciars zum Erbschaftsfideicommissar [64]). Und so gewiß bei erbschaftlichen Forderungen noch heute der directa actio des Erbschaftsfiduciars neben der utilis actio des Erbschaftsfideicommissars Existenz und Bedeutung zuerkannt werden muß [65]): ebenso gewiß ist dasselbe hinsichtlich der

---

60) Bähr a. a. O. S. 414. — A. M. ein Erkenntniß des Obertrib. zu Stuttgart im Würtemb. Arch. III, 1 S. 145. Schletter, Jahrb. VII, S. 3 Nr. 16. — — 61) l. 17 D. de transact. (2. 15). — — 62) Vergl. Jahrb. des gem. deutsch. Rechts Bd. 1, S. 110 ff. Weiske, Rechtslexic. Bd. 5, S. 220 not. 77. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 1, S. 163 ff. Seuffert, Arch. XIV, Nr. 149. — — 63) Bähr a. a. O. S. 423. Ihering in Jahrb. f. Dogmat. I, S. 112 not. 6 a. E. Gundling in Gundlingianis, 6. St., S. 36—46. Auch Schilter, exercitt. ad Pand. XXX, §. 64 und die bei Glück, Comment. Bd. 16, S. 437 not. 41 citirten Rechtslehrer. Baiersch. Landr. II, 3 §. 8. v. Kreittmayr Th. II, S. 529 ff. — — 64) l. 17 D. de transact. (2. 15). — — 65) l. 8 §. 1 D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 70 pr. D. ad SCt. Trebell. (36. 1), l. 17 D. de transact. (2. 15), cf. l. 42 §. 1 D. ad SCt. Trebell. (36. 1), §. 3 J. de fideic. her. (2. 23). Mühlenbr., Cess. S. 514 ff.

directa actio des Cedenten neben der utilis actio des Cessionars bei cedirten Forderungen der Fall.

Die Cession überträgt noch heute nur eine in gewisser Beziehung von dem Rechte selbst unabhängige Befugniß, es geltend zu machen. Der Cessus ist nach wie vor verpflichtet, seine Leistung zunächst dem Vermögen des Cedenten zuzuführen und dieselbe erst durch das Vermögen des Cedenten hindurch in das Vermögen des Cessionars zu dessen weiteren Zwecken überfließen zu lassen [66]). Das neue Band, welches den Schuldner mit dem Cessionar verknüpft, löset also noch keineswegs völlig die Fessel, durch welche er an den Cedenten gekettet ist. Der ursprüngliche Gläubiger will und kann durch die Cession auch heute noch nicht die Substanz seines Forderungsrechts veräußern, sondern gleich dem Nutznießer, welcher seinen Nießbrauch einem Dritten verkauft, nur die Ausübung seines an sich fortdauernden Rechts dem Cessionar als dessen eignes Recht überlassen (persecutionem nominis transferre) [67]).

Wirklich wird auch dieser aus der Natur des Obligationsverhältnisses als eines zwischen zwei oder mehreren Personen geknüpften und einseitig weder ganz noch theilweise auf andere Personen übertragbaren Bandes mit innerer Nothwendigkeit folgende Satz in seinen weiteren Consequenzen von der heutigen Praxis willig anerkannt [68]). Heute noch tritt das directe Klagerecht des Cedenten ohne Weiteres wieder in Wirksamkeit, sobald zu seinem Gunsten das abgeleitete Klagrecht des Cessionars mit oder ohne Willen des Letzteren unwirksam wird [69]); denn heute noch bedarf der Cedent nicht der Rückcession, sondern nur der einfachen Zustimmung des Cessionars, um auf eigne oder des Cessionars Rechnung die directa actio im eignen Namen durchzuführen [70]); heute noch ist der Cedent im Stande, nach vollzogener und dem Cessus bekannt gewordener Cession für seine directa actio Pfandrechte zu erwerben und dieselben nebst seiner directa actio durch neue Cession dem Cessionar mit Rechtswirkung zu dem Zwecke abzutreten, damit dieser beides nunmehr utiliter im eignen Namen verfolge [71]); heute noch kann der Concurscurator Forderungen,

---

66) Vergl. Kaiserr. II, 38. — — 67) cf. l. 68 D. de reg. jur. (50. 17), l. 46 D. de pact. (2. 14). — — 68) Glosse zu l. 16 D. de pecul. (15, 1), zu l. 3 D. pro soc. (17. 2), zu l. 1 C. per quas person. (4. 17). Mühlenbr., Ceff. S. 23 f. — — 69) Seuffert, Arch. XI, Nr. 175. 176. 177. 178. XIII, Nr. 19. Heyse und Cropp, Abhandl. Bd. 1, S. 261 f. Mühlenbr., Ceff. S. 518 f. Nr. 3. Entw. eines deutsch. Ges. über Schuldverh. Art. 337. — — 70) Seuffert, Arch. I, Nr. 116 a. E. V, Nr. 151. 216. XIV, Nr. 23. — — 71) l. 6 D. de her. vel act. (18. 4).

welche der Cridar in fraudem creditorum an einen Dritten cedirt hat, ohne Rückcession des Dritten kraft fingirter Cession des Cridars utiliter im eignen Namen gegen den Schuldner durchsetzen, indem er die aus der Cession an den Dritten für den Schuldner erwachsene exceptio doli replicando durch seine Berufung auf die Wissenschaft des Cessionars um den animus fraudandi des Cridars vereitelt [72]). Endlich gilt immer noch, weil die Cession keine gänzliche oder theilweise Weggabe (datio) des in der directa actio des Cedenten bestehenden Forderungsrechts begreift, weder die utilis actio des Cessionars, noch die vermöge derselben der directa actio schadende doli exceptio des Cessus als ein der condictio ob causam empfängliches Vermögensobject [73]); die directa actio des Cedenten wird vielmehr ohne Weiteres durch Verwerfung der dem Cessus nur auf Grund einer wirksamen Cession gebührenden doli exceptio gegen unwirksame Cessionen selbst dann aufrecht erhalten, wenn der Cessionar seine utilis actio inzwischen weiter cedirt oder verpfändet haben sollte. Nun ist es aber gewiß unmöglich, diese wichtigen Folgen zuzugestehen und doch zu behaupten, daß die Fortdauer der directa actio des Cedenten neben der utilis actio des Cessionars im heutigen Rechte ein leeres Theorem sei, und weder aus praktischen, noch aus wissenschaftlichen Gründen festgehalten werden müsse.

Hiernach besteht das heute geltende Recht der Cession mit einziger Ausnahme der vorbemerkten Modificationen, welche der neuere Gerichtsgebrauch — wenn auch nicht immer völlig bewußt — als Folgen der Beseitigung des nach römischem Recht dem Cessionar gleichfalls gestatteten directe agere alieno nomine mehr und mehr anerkannt hat, noch unverändert in denjenigen Grundsätzen, welche von den Römern über die dem Cessionar im eignen Namen gegebene utilis actio aufgestellt sind. Der Verfasser wird daher keinen Tadel verdienen, daß er diese Grundsätze in der zweiten Abtheilung dieses Bandes, soweit nöthig, gleich mit Beziehung auf ihre heutige Anwendung darzustellen versucht hat. Möge dieser Versuch nur sonst nicht vollständig mißlungen sein!

---

72) Die Praxis läßt auch gegen den Cessionar eine actio Pauliana zu. Seuffert, Arch. XV, Nr. 6. — — 73) Voigt über condict. ob caus. S. 405 ff. Anders erkannt nach Seuffert, Arch. XIII, Nr. 257.

Quellenregister.

(Die römische Zahl bezeichnet den Band, die arabische die Seite.)

I. Vorjustinianeische Quellen.

II. Justinianeische Quellen.

A. Institutionen.

B. Digesten.

B. Digesten.

B. Digesten.

C. Codex.

C. Codex.

D. Novellen.

III. Nachjustinianeische Quellen.

Häusler.

Schmid, Albert,

Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt

Bd.: 2

Braunschweig 1866